

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES  
Y JURISPRUDENCIALES EN EL EJERCICIO  
DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA DE LAS  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE  
NAVARRA**

**RAÚL ANTONIO CRUZADO ESPINOZA**

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y  
JURISPRUDENCIALES EN EL EJERCICIO DE LA  
POTESTAD DISCIPLINARIA DE LAS  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE NAVARRA**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA  
ABOGACÍA**

**ALUMNO: RAÚL ANTONIO CRUZADO ESPINOZA**

**TUTOR: MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA**

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| ABREVIATURAS.....  | 5  |
| I. OBJETO DEL TRABAJO.....   | 7  |
| II. COMPETENCIA DE NAVARRA EN MATERIA DE FUNCIÓN<br>PÚBLICA.....   | 7  |
| III. NORMATIVA APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN<br>MATERIA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y ADMINISTRACIONES<br>PÚBLICAS QUE TIENEN QUE APLICARLA.....   | 8  |
| IV. RELACIÓN DE CARÁCTER ESTATUTARIO DE LOS<br>FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....  | 10 |
| V. EL RELATIVO ABANDONO DE LA TEORÍA DE LA RELACIÓN DE<br>SUJECCIÓN ESPECIAL.....  | 12 |
| 1. Las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos:<br>sujeción especial de los funcionarios que permite detrimento de<br>derechos.....  | 12 |
| 2. Rectificación: la sujeción especial de los funcionarios no conlleva<br>pérdida de derechos fundamentales.....   | 14 |
| 3. Los fines que persigue la Administración pueden justificar un<br>tratamiento diferenciado de los<br>funcionarios.....   | 17 |
| VI. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y<br>JURISPRUDENCIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS<br>DISCIPLINARIOS.....   | 21 |
| 1. La aplicación de los principios en el ejercicio de la potestad<br>sancionadora de la Administración.....  | 21 |
| 2. La aplicación de los principios en el ejercicio de la potestad<br>disciplinaria de la Administración.....   | 24 |
| 3. La plasmación de algunos principios en el Estatuto Básico del<br>Empleado Público.....  | 26 |
| 4. Necesidad de introducción de principios en el Texto Refundido del<br>Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de<br>Navarra.....  | 28 |
| 5. El intento de la doctrina científica de incardinar la potestad<br>disciplinaria en los principios constitucionales de actuación de la<br>Administración y no en los que son expresión del derecho punitivo..... | 29 |
| 6. Predominio en el Estatuto Básico del Empleado Público de los<br>principios constitucionales inherentes al derecho punitivo.....   | 32 |

|   |    |
|---|----|
| VII. PRINCIPIOS APLICABLES A LA POTESTAD Y AL                               |    |
| PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.....  | 33 |
| 1. Principios de legalidad y tipicidad.....                                 | 33 |
| 1.1. En el derecho administrativo sancionador.....                          | 33 |
| 1.2. En el derecho disciplinario: la particularidad de la reserva de ley... | 37 |
| 1.3. En el Estatuto Básico del Empleado Público.....                        | 44 |
| 1.4. En el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las     |    |
| Administraciones Públicas de Navarra.....                                   | 47 |
| 1.5. En la resolución sancionadora.....                                     | 49 |
| 2. Principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no     |    |
| favorables y de retroactividad de las disposiciones sancionadoras           |    |
| favorables.....   | 49 |
| 2.1. Fundamento Constitucional.....   | 49 |
| 2.2. Plasmación en normas legales.....                                      | 53 |
| 2.3. Especificidades en relación con la plasmación en normas                |    |
| jurídicas del principio de retroactividad de disposiciones sancionadoras    |    |
| favorables.....   | 55 |
| 2.4. Aspectos a tener en cuenta en la aplicación retroactiva de la          |    |
| norma disciplinaria favorable.....  | 56 |
| 2.5. El principio de retroactividad y las sanciones disciplinarias firmes   |    |
| que se estén cumpliendo.....  | 58 |
| 2.6. El principio de retroactividad y la posterior inexistencia de la       |    |
| norma que fundamentó la resolución sancionadora.....                        | 60 |
| 2.7. Imposibilidad de aplicar el principio de retroactividad cuando la      |    |
| sanción se ha cumplido completamente.....                                   | 61 |
| 2.8. La normativa de la Comunidad Foral de Navarra.....                     | 64 |
| 3. Principio <i>non bis in</i>  |    |
| <i>idem</i> .....   | 65 |
| 3.1. Fundamento Constitucional.....   | 65 |
| 3.2. Alcance.....   | 66 |
| 3.3. Su aplicación en el régimen disciplinario de los funcionarios          |    |
| públicos.....   | 68 |
| 3.4. Su falta de previsión en el Texto Refundido del Estatuto del           |    |
| Personal al servicio de las Administraciones Públicas de                    |    |
| Navarra.....  | 72 |
| 4. Principio de culpabilidad.....   | 72 |
| 4.1. En el derecho administrativo sancionador.....                          | 72 |
| 4.2. En el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.              |    |
| Diferencias entre el Estatuto Básico del Empleado Público y el Texto        |    |
| Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones     |    |
| Públicas de Navarra.....  | 74 |
| 5. Principio de Presunción de Inocencia.....                                | 77 |

|   |    |
|---|----|
| 5.1. Fundamento constitucional. Aplicación en el régimen disciplinario<br>de los funcionarios públicos..... | 77 |
| 5.2. Los hechos constatados por agentes públicos y la prueba<br>indicaría.....                              | 80 |
| 5.3. La ejecución de las sanciones disciplinarias.....  | 82 |
| CONCLUSIONES.....   | 83 |
| BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.....   | 85 |

## **ABREVIATURAS**

|          |   |
|----------|---|
| ATC:     | Auto del Tribunal Constitucional.   |
| CE:      | Constitución Española de 1978.  |
| CP:      | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.   |
| EBEP:    | Ley 7/007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.  |
| LFACFN:  | Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.  |
| LFALN:   | Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.   |
| LFPCAEN: | Ley Foral 8/2005, de 1 de julio, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Navarra   |
| LFPN:    | Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra.   |
| LJCA:    | Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.  |
| LMRFP:   | Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.  |
| LOPJ:    | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.   |
| LORAFNA: | Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.   |
| LOTG:    | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.  |
| LRJPAC:  | Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.                         |
| RDIS:    | Decreto Foral 117/1985, de 12 de junio, aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra. |
| RGRDPAJ: | Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, aprueba el Reglamento General de Régimen Disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia. |

|         |   |
|---------|---|
| RPCPN:  | Decreto Foral 718/2003, de 29 de diciembre, aprueba el Reglamento de Personal de los Cuerpos de Policía de Navarra.   |
| RRDFAE: | Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.                         |
| SSTC:   | Sentencias del Tribunal Constitucional.   |
| STC:    | Sentencia del Tribunal Constitucional.  |
| STSJ:   | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.  |
| SNS-O:  | Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.  |
| TC:     | Tribunal Constitucional.  |
| TFM:    | Trabajo de fin de Máster.   |
| TREP:   | Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra |
| TS:     | Tribunal Supremo.   |
| TSJ:    | Tribunal Superior de Justicia.  |

## **I. OBJETO DEL TRABAJO.-**

Dado que la normativa foral disciplinaria no establece prácticamente principio alguno en materia de régimen disciplinario, el objeto del presente TFM es explicar si son aplicables y, en su caso, como deben trasladarse los principios constitucionales y jurisprudenciales en el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas de Navarra frente a sus funcionarios públicos y su personal contratado en régimen administrativo.

En la actualidad, en el ámbito de las Administraciones Públicas de Navarra, no existe un estudio al respecto sobre los principios jurídicos que son aplicables en el ejercicio de la potestad disciplinaria y como se debe interpretar la normativa foral de acuerdo con dichos principios; por ello es importante (e innovador a nivel foral) el objetivo del presente trabajo.

## **II. COMPETENCIA DE NAVARRA EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA.-**

Es conocido por todos (al menos todos los juristas navarros) la competencia exclusiva de Navarra, en virtud de su régimen foral, sobre la materia del “Régimen Estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos” (artículo 49.1.b LORAFNA).

Dicha competencia exclusiva no solo es reconocida por la Disposición Adicional Primera de la CE y el artículo 49.1.b de la LORAFNA, sino que ha sido ratificada por la STC 140/1990, de 20 de septiembre, que reconoció a Navarra un plus competencial en materia de función pública respecto del resto de Comunidades Autónomas en virtud de sus competencias históricas. Dicha Sentencia reconoce que Navarra “ha venido disfrutando históricamente de un régimen singular respecto de sus funcionarios y de los de la Administración Local en Navarra” y que “La apelación al régimen estatutario de los



funcionarios en el art. 49.1 b) LORAFNA constituye, pues, una titularidad competencial derivada de un derecho histórico, pero cuya actualización supone la inclusión dentro de la competencia foral de lo que en cada momento haya de entenderse como incluido en el régimen estatutario de los funcionarios”.

En opinión de Martín Razquin<sup>1</sup> la importancia de la Sentencia radica, en la teoría general sobre los derechos históricos que la misma configura, en el sentido de que los derechos históricos constituyen un auténtico título de competencias en favor de la Comunidad Foral de Navarra y de que dichos derechos históricos deben interpretarse conforme a un contenido dinámico de la materia objeto de los mismos. Es decir, no se tratan de unos derechos históricos petrificados en el tiempo, sino que las competencias de Navarra en materia de función pública se adecuan al tiempo en que se ejerzan las mismas.

Por otra parte la STC 37/2002, de 14 de febrero, establece que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de régimen local son también competentes para regular la materia de la función pública local; y Navarra en virtud del artículo 46 de la LORAFNA tiene competencias calificadas de “históricas” en materia de administración local.

Por ello, en materia de función pública, Navarra ha creado un régimen jurídico propio y diferenciado del resto de Comunidades Autónomas, al que no le son aplicables las normas básicas del Estado sino que solo tiene el deber de respetar “los derechos y obligaciones esenciales” que dicha legislación básica reconoce a los funcionarios públicos.

### **III. NORMATIVA APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN MATERIA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS QUE TIENEN QUE APLICARLA.-**

---

<sup>1</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., “Un hito en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos: La STC 140/1990, de 20 de septiembre”, en Revista Jurídica de Navarra Nº 11/1991, páginas 79-90.

Consecuencia del título competencial exclusivo e histórico de Navarra en materia de función pública; el Parlamento de Navarra y el Gobierno de Navarra han aprobado, respectivamente, numerosas disposiciones legislativas y reglamentarias que regulan distintos aspectos de la misma, entre ellas el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

Entre dichas disposiciones (vigentes –pues es ocioso referirse a aquellas que ya no son aplicables-) que regulan el régimen disciplinario de los funcionarios públicos hay unas que son aplicables a la práctica totalidad de las Administraciones Públicas de Navarra; estas normas son el TREP (que en su Capítulo IX del Título II regula dicho régimen) y el RDIS. Ambas normas son aplicables prácticamente a la totalidad de funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de las entidades locales de Navarra, como de los organismos autónomos o entidades públicas empresariales (en caso de que sea adscrito un funcionario) de ambas.

En el caso del personal de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento se rigen por lo establecido en el TREP y RDIS aunque se amplía las faltas disciplinarias (dadas las especiales características del servicio) a las tipificadas en el artículo 56 de la LFPCAEN.

No obstante, existen determinados colectivos al que le es aplicable una normativa distinta como los funcionarios de los Cuerpos de Policías de Navarra (los cuales se rigen por el Título IV de la LFPN y el Título IV del RPCPN) y el personal al servicio de la Administración de Justicia en Navarra (que se les aplica el Título IX del Libro VI de la LOPJ y el RGRDPAJ –debe tenerse en cuenta que no es de aplicación el Capítulo IX del Título II del TREP debido a la suspensión de la vigencia y aplicación del artículo 109 de dicho texto legal como consecuencia del Recurso de Inconstitucionalidad número 55/2012, suspensión mantenida por ATC de 10 de mayo de 2012 ).

Por tanto, salvo los dos colectivos que hemos mencionado, prácticamente a la totalidad de funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra se les aplica íntegramente el TREP y el RDIS (incluido colectivos

como los funcionarios docentes no universitarios al servicio de la Administración de la Comunidad Foral -artículo 97 del TREP- y el personal adscrito al SNS-O, artículo 4 de la Ley Foral 11/1992).

En vista de ello, en el presente TFM nos centraremos en el análisis del TREP y el RDIS.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que cuando hablamos de Administraciones Públicas de Navarra nos estamos refiriendo a:

- La Administración de la Comunidad Foral y los organismos públicos dependientes de la misma (que según el artículo 100 de la LFACFN se clasifican en organismos autónomos y entidades públicas empresariales).

- Las Entidades Locales de Navarra (que son todas aquellas establecidas por los artículos 2 y 3 de la LFALN) y los organismos públicos dependientes de la misma (que según los artículos 196 y 196-bis de la LFALN se tratan de los organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales).

#### **IV. RELACIÓN DE CARÁCTER ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.-**

Según el artículo 1 y la Disposición Transitoria Segunda del RDIS a los funcionarios públicos (ha de entenderse excluidos a los que anteriormente hemos señalado que se les aplica una normativa específica) y a los contratados en régimen administrativo se les aplica dicho RDIS (con respecto a los contratados en régimen administrativo Navarra es competente para establecer su régimen jurídico según lo ha ratificado la Sentencia 276/2000, de 24 de julio, de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra).

En las Administraciones Públicas de Navarra pueden existir:

a) Funcionarios públicos, funcionarios en prácticas (normalmente se trata de bomberos, policías, personal al servicio de la Administración de Justicia en Navarra y docentes no universitarios) y personal estatutario (del SNS-O).

b) Personal eventual.

c) Personal contratado, que puede ser en régimen administrativo o en régimen laboral.

La CE en su artículo 103.3 establece que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”, la doctrina ha establecido que los funcionarios públicos (en él se incluyen los funcionarios en prácticas y el personal estatutario) ostentan frente a su Administración una relación de carácter estatutario que siguiendo a Miguel Sánchez Morón<sup>2</sup> se caracteriza porque “las condiciones de empleo no se establecen en un contrato o por convenio colectivo, sino que se determinan minuciosamente por normas objetivas, leyes y reglamentos, que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente. Es decir, que queda encuadrado desde su nombramiento hasta la extinción del vínculo profesional en el marco de un estatuto público, que fija en cada momento sus derechos, deberes y responsabilidades”. Sin embargo, el propio autor señala que conviene matizar dicha definición porque en la actualidad se reconoce la negociación colectiva entre la Administración y los funcionarios que puede culminar en acuerdos y pactos que sustituyen a o son recogidos por las normas que regulan sus relaciones de empleo.

Por otra parte, Ramón Parada<sup>3</sup> señala la importancia que tiene la concepción estatutaria y no contractual de los funcionarios públicos en su relaciones con su Administración Pública y su incidencia en la determinación de los derechos adquiridos de los funcionarios; ya que la concepción estatutaria pone el énfasis en los poderes unilaterales de la Administración, reduciendo al mínimo las resistencias jurídicas o las indemnizaciones compensatorias.

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., en *Derecho de la Función Pública*, 6ª Edición Editorial Tecnos, Madrid, 2011, página 18.

<sup>3</sup> PARADA, R., en *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 22ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, página 502.

Respecto de los contratados en régimen administrativo; aunque el artículo 93 del TREP señale que éste personal se rige, además de las disposiciones reglamentarias que se dicten al efecto, por lo establecido en el correspondiente contrato, no puede calificarse su relación con la Administración como contractual ya que dicha parte de su régimen jurídico (la parte no establecida por las normas) es determinada por la Administración Pública y no existe libertad de contratación por las partes.

Teniendo en cuenta que la libertad de contratación no solo se refiere a la libertad que tienen las personas para decidir si celebran o no un contrato, sino también a la libertad para negociar las condiciones del mismo; está claro que dicha libertad no existe en la contratación administrativa, porque es la Administración la que determina (aquellos aspectos que no se encuentren determinados por una norma) las cláusulas del contrato, en la que la persona contratada únicamente tiene la opción de suscribir o no el contrato, y en caso de que no considere el mismo ajustado a derecho no le queda más remedio que suscribir el contrato en régimen administrativo y recurrir el mismo para que sea la propia Administración la que incluya, elimine o modifique una cláusula de dicho contrato.

Además la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra en su Sentencia de 21 de septiembre de 1995 ya ha declarado la naturaleza estatutaria del personal contratado en régimen administrativo.

## **V. EL RELATIVO ABANDONO DE LA TEORÍA DE LA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL.-**

### **1. Las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos: sujeción especial de los funcionarios que permite detrimento de derechos.**

Como hemos visto los funcionarios públicos y los contratados en régimen administrativo (para no ser repetitivo, en adelante, cuando en el

presente TFM mencione a los funcionarios públicos me estaré refiriendo también a los contratados en régimen administrativo) están sometidos a un estatuto jurídico distinto del Estatuto de los Trabajadores (aplicable a cualquier empleado con contrato laboral). Una de las particularidades del sometimiento al estatuto jurídico funcional es que la vía jurisdiccional competente para conocer los asuntos en relación al mismo es la contencioso-administrativa.

Otra particularidad es que, según ha señalado la doctrina, al tratarse de una relación jurídica distinta (en el que una de las partes es una Administración Pública que vela por los intereses públicos –no los particulares-) dichos funcionarios se encuentran sometidos a una relación de sujeción especial frente a su Administración Pública.

En un comienzo la doctrina científica estableció que las relaciones de la Administración con los ciudadanos son relaciones en las que existe una parte que tiene unas potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico y otra parte que se somete a dichas potestades; es decir, se trata de una relación de supremacía (por parte de la Administración) y de sujeción (por parte de los ciudadanos).

La atribución de unas potestades a la Administración Pública la coloca en un plano de supremacía jurídica frente al particular; no obstante, dicho sometimiento del particular –según ha establecido la jurisprudencia- no es el mismo si se encuentra dentro de la propia organización de la Administración.

Así, cuando los ciudadanos entablan relaciones con la Administración ostentan frente a la misma una situación jurídica que corresponde a cualquier ciudadano; es por ello que se dice que se encuentra sometido a una relación de sujeción “general” porque la Administración ostenta sobre él las mismas potestades que sobre el resto de ciudadanos. En cambio, determinados ciudadanos por el hecho de encontrarse inmersos dentro de la propia organización de la Administración (como es el caso de los funcionarios públicos) se dice que se encuentran sometidos a una relación de sujeción

“especial” frente a su Administración Pública lo que le afecta a su situación jurídica respecto de determinados derechos y deberes.

La jurisprudencia ha señalado que se encuentran en dichas relaciones sujeción especial, entre otros, los funcionarios públicos, los concesionarios de servicios públicos y otros contratistas, los presos, los usuarios de instituciones públicas sanitarias e incluso los alumnos de centros educativos públicos.

La jurisprudencia también ha establecido que los ciudadanos que se encuentran sometidos a una relación de sujeción especial sufren una limitación de determinados derechos constitucionales debido al “*status*” específico que ostentan frente a la Administración; por ello, se les exige a los funcionarios públicos unos deberes especiales que no tiene cualquier ciudadano y se matiza la aplicación de determinados principios constitucionales.

Miguel Sánchez Morón<sup>4</sup> señala que en estas relaciones de sujeción especial los sujetos sometidos a la misma tienen un régimen de derechos y obligaciones especial, que puede afectar a su situación jurídica en forma de limitación de derechos o imposición de obligaciones particulares.

Luís Cosculluela Montaner<sup>5</sup> define estas relaciones de supremacía especial como aquellas en las que el funcionario se encuentra frente a la Administración en una situación de especial dependencia, que permite a la Administración unos títulos de intervención más amplios en su esfera jurídica, para la más adecuada prestación o ejercicio de una actividad o servicio público, que en cuanto tales son de especial relevancia pública, o se encuadran plenamente en el ámbito interno de las actividades o funciones públicas.

## **2. Rectificación: la sujeción especial de los funcionarios no conlleva pérdida de derechos fundamentales.**

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., en Derecho Administrativo. Parte General, 8ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, página 457.

<sup>5</sup> COSCULLUELA MONTANER, L., en Manual de Derecho Administrativo Parte General, 21ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, página 309.

En la actualidad la propia doctrina científica ha señalado que no es posible el detrimento de derechos constitucionales de un funcionario público al amparo de que el mismo se encuentra sometido a una relación de sujeción especial.

Más aun cuando el concepto de relación de sujeción especial para justificar un tratamiento diferenciado en la aplicación de derechos fundamentales entre unos ciudadanos y otros (los sometidos a relación de sujeción especial) ya no se encuentra vigente y ha sido superado en el país de origen de dicha teoría que es Alemania, desde la década de los años setenta del siglo pasado<sup>6</sup>.

Aunque el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no hayan abandonado el concepto de relación de sujeción especial, si han manifestado que aunque los sometidos a dicha relación se encuentran sujetos a unas obligaciones especiales y a una interpretación más restrictiva de derechos no dejan de ser ciudadanos a los que le son aplicables los principios y derechos establecidos por la Constitución.

Así la STC 234/1991, de 10 de diciembre, en su fundamento jurídico segundo señala:

“(…) las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación”.

Es por ello que en la actualidad la mayoría de autores aboga por borrar esa categoría jurídica del derecho español ya que dicho concepto solo ha

<sup>6</sup> COTINO HUESO, L., “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en Revista del Poder Judicial número 55, 1999.



servido como forma de justificar determinadas acciones de las Administraciones Públicas que al amparo de la misma resquebrajan principios o derechos constitucionales que son aplicables a cualquier persona –por el solo hecho de ser persona–, ello con la ratificación posterior de órganos judiciales o incluso del propio Tribunal Constitucional.

Así, Gamero Casado y Fernández Ramos<sup>7</sup> critican dicha categoría jurídica ya que señalan que el fundamento de la misma se ha explicado tradicionalmente en el tópico de la “voluntariedad” en el ingreso en la Administración Pública; y que esta voluntariedad vendría a constituir un modo de “cheque en blanco” que otorgaría a la Administración poderes casi omnímodos, con un amplísimo margen en la configuración de los deberes estatutarios de dichos sujetos, posibilitando incluso la modulación de determinados derechos constitucionales. Señalando dichos autores (citando a Santamaría Pastor) que se trata de una clasificación polémica, tanto por su carácter meramente aproximativo, es decir, por la falta de un criterio firme para deslindar ambas categorías, como por las consecuencias jurídicas que se pretenden extraer de esta clasificación.

Miguel Sánchez Morón<sup>8</sup> señala que en virtud de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y el desarrollo del Estado de Derecho esta categoría jurídica se contempla hoy con recelo e incluso se ha propuesto su definitiva superación.

Lorenzo de Membiela<sup>9</sup> opina que en la actualidad la teoría de las sujeciones especiales causa intensos debates dada la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la CE y que el abandono de esta teoría alemana comienza a ser recogida en la doctrina ya que el funcionario posee derechos fundamentales como ciudadano, sin que quepa alegar que las relaciones de especial sujeción del artículo 103 de la CE puedan limitar la eficacia y alcance

---

<sup>7</sup> GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., en Manual Básico de Derecho Administrativo, 7ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, páginas 289-290.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., en Derecho Administrativo. Parte General, 8ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, página 458.

<sup>9</sup> LORENZO DE MEMBIELA, J. B., en Régimen Disciplinario de los Funcionarios de Carrera, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2008, páginas 35-36.

de los derechos ubicados en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª, dada la incidencia de los artículos 1.1 y 53 de la CE.

### **3. Los fines que persigue la Administración pueden justificar un tratamiento diferenciado de los funcionarios.**

El abandono de la teoría de la relación de sujeción especial como modo de justificar determinadas relaciones jurídicas o deberes que pueden tener ciertos funcionarios públicos no conlleva que dichas relaciones o situaciones no puedan tener un amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Es decir, las Administraciones Públicas sirven a los intereses generales (artículo 103.1 CE) y en virtud de dichos intereses generales a los funcionarios públicos (en virtud de las concretas funciones que realizan) se les puede exigir determinado comportamiento o aplicarles una interpretación conforme a los intereses generales que sirve la Administración, pero ello siempre ponderando los intereses generales que persigue la Administración con los derechos constitucionales que tiene el funcionario como cualquier ciudadano.

Ello porque, según ha señalado tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, cuando se impone una sanción a una persona, ya sea penal o administrativa –entre las que se encuentran las disciplinarias- el Estado esta ejerciendo su *ius puniendi* con lo cual el ciudadano (funcionario público) tiene las garantías constitucionales establecidas por el Estado de Derecho.

Así el propio Tribunal Constitucional aunque no haya erradicado por completo dicha categoría jurídica de relación de sujeción especial, sí trata de motivar dichas diferencias de tratamiento de estos ciudadanos sometidos a esta relación, no solo en el concepto mismo de la relación en la que se encuentran inmersos, sino en otros valores o intereses constitucionalmente protegidos como puede ser el interés general que persigue la Administración Pública.

Como muestra de ello, podemos citar la STC 180/2004, de 2 de noviembre, en la que para justificar una segunda sanción disciplinaria (en la

que también existía una previa condena penal) por unos mismos hechos cometidos por un funcionario de la Guardia Civil, no se basa en la relación de sujeción especial sino en que no se vulneró el principio del *non bis in idem* ya que el fundamento de la segunda sanción disciplinaria fue distinto al de la primera, siendo el fundamento de aquella el interés legítimo de la Administración en su conjunto de servir con objetividad los intereses generales. Dicha Sentencia señala en su fundamento jurídico sexto:

“Por lo que atañe al fundamento de las sanciones examinadas, en el caso de la falta leve tipificada en el art. 7.22 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, es el propio texto normativo el que pone de manifiesto el bien jurídico protegido al sancionarse el «realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución». Es, pues, la dignidad de la Institución, que se sustenta en la conducta de sus miembros, el bien jurídico protegido, identificado con la estimación, el buen nombre o reputación, que no son patrimonio exclusivo de las personas físicas (STC 139/1995, de 26 de septiembre, F. 5).

Sin embargo, en la falta muy grave prevista en el art. 9.10 de la misma Ley, consistente en «haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad», no se hace explícito en la norma el interés jurídico tutelado. El demandante lo identifica con la imagen, buen nombre y credibilidad de la Guardia Civil, en última instancia con conceptos reconducibles a la dignidad de la institución. Sin embargo, y sin negar que ese valor esté comprometido en el precepto examinado, no es el único ni el prevalente. Como dijimos en un supuesto en parte similar en la STC 234/1991, de 10 de diciembre (F. 2), a propósito del art. 206 del Reglamento orgánico de la policía gubernativa aprobado por el Decreto 2038/1975, de 17 de julio –que tipificaba como falta muy grave «cualquier conducta constitutiva de delito doloso»–, lo que resulta afectado en este caso es el interés legítimo de la Administración en su conjunto de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la

conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste.

Pues bien, tarea propia de la Guardia Civil es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Dijimos entonces respecto de la policía, y ahora debemos reiterar, que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquéllos que lo desempeñan no incurran en conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio *ne bis in idem*.

Debemos ahora añadir que con la firmeza de la Sentencia penal condenatoria por delito con dolo resulta comprometida la idoneidad del guardia civil condenado para el desempeño de su actividad profesional, pues, del mismo modo que la ausencia de antecedentes penales se configura como condición para el acceso al Instituto (art. 17 del Real Decreto 597/2002, de 28 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso en los centros docentes de formación del cuerpo de la Guardia Civil), también la condena firme por delito doloso que lleve aparejada privación de libertad pone de manifiesto la pérdida de esa aptitud o idoneidad profesional para seguir desempeñando las funciones propias de los miembros del cuerpo de la Guardia Civil, lo cual constituye un fundamento o interés jurídico a proteger distinto de la preservación de la dignidad exigible a los miembros del Instituto”.

Los distintos autores también consideran que puede existir una diferencia en cuanto a obligaciones o derechos de los funcionarios públicos respecto del resto de ciudadanos debido a los intereses o fines públicos que persigue la Administración.

Así Miguel Sánchez Morón<sup>10</sup> opina que aunque ya no es admisible considerar que la relación de sujeción especial permite de por sí excluir o limitar los derechos fundamentales y otros derechos de los ciudadanos; sí cabe que en ciertas situaciones jurídicas tales derechos pueden ser excluidos o restringidos por razones objetivas que atienden a finalidades de interés general constitucional o legalmente establecidas, como por ejemplo salvaguardar la imparcialidad o la jerarquía administrativa o el buen funcionamiento de los servicios públicos especialmente en el caso de aquellos funcionarios que portan armas o ejercen funciones jurisdiccionales. Por ello dicho autor señala que las limitaciones de derechos derivadas de este tipo de relaciones sólo son admisibles en la medida en que respondan y sean proporcionadas a los fines o intereses públicos que los justifican.

Nuno J. Vasconcelos<sup>11</sup> señala que la función pública es una relación especial de derecho administrativo, pero que dicha relación “especial” no impide la aplicación de los principios generales del derecho administrativo y que es una relación con un conjunto recíproco de derechos y deberes, además que el adjetivo “especial” no significa relación especial de poder, ni sujeción especial, ni estatus especial; sino significa un régimen jurídico especial adecuado y exigido para el cumplimiento obligatorio de las tareas públicas constitucionales y legales de la función pública, pero no significa que de forma automática se añadan más deberes o restricciones de derechos fundamentales, sino que dependerá del cumplimiento de cada tarea pública, ya que, en su opinión, puede no haber restricción de derechos sino, al contrario,

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., en *Derecho Administrativo. Parte General*, 8ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, página 459.

<sup>11</sup> VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, N. J., en *La Función Pública como Relación Especial de Derecho Administrativo*, Editorial Almeida & Leitão Lda., Porto, 2000, páginas 248-257.

se puede dar mayor protección jurídica, o mayor retribución, o mejor estabilidad del empleo.

Debemos tener en cuenta que la propia CE permite estas relaciones especiales a las que por la naturaleza de las funciones que realizan los funcionarios públicos tienen también un régimen jurídico distinto, que en estos casos se traduce en un detrimento del ejercicio de determinados derechos como por ejemplo el de sindicación, ya que se habilita a que mediante ley se limite o exceptúe el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar (artículo 28) o se prohíba a Jueces, Magistrados y Fiscales que se hallen en activo a que pertenezcan a partidos políticos o sindicatos (artículo 127).

Por tanto, si bien es cierto que la teoría de la relación de sujeción especial para justificar determinadas obligaciones o limitaciones de derechos de los funcionarios no es acorde con un Estado de Derecho en el que deben aplicarse los derechos fundamentales garantizados por la CE a cualquier ciudadano; no es menos cierto que ese Estado de Derecho también puede justificar que con base en lo establecido en la propia CE debido a los fines o intereses públicos que persigue la Administración pueda limitarse, o incluso restringirse, el ejercicio de determinados derechos o exigirse el cumplimiento de determinadas obligaciones.

## **VI. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS.-**

### **1. La aplicación de los principios en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.**

El artículo 25 de la CE elevó a rango constitucional lo que en la práctica ya se estaba realizando que era el reconocimiento de la imposición de sanciones por parte de las Administraciones Públicas.

Pero, indudablemente, antes de que se elevara a rango constitucional la potestad sancionadora de la Administración Pública ésta ya la ostentaba e imponía sanciones a los ciudadanos por el incumplimiento de infracciones administrativas.

Incluso en la aplicación de las sanciones administrativas anteriores a nuestra CE se trataba de garantizar determinados derechos básicos del ciudadano para ello se trajo al derecho administrativo los principios garantistas del derecho penal; la explicación jurisprudencial y de la doctrina era (y es) que tanto la potestad de imponer penas a los ciudadanos por parte de los Tribunales de Justicia como la de imponer sanciones administrativas por parte de la Administración Pública constituyen dos formas de expresión del derecho punitivo del Estado que es único.

Y debido a que se trata de una misma potestad punitiva pueden aplicarse los principios garantistas del derecho penal al imponer sanciones administrativas, aunque ello con las matizaciones necesarias debido a que no se puede extrapolar mimeticamente dichos principios penales al ámbito administrativo.

Nuestro Tribunal Supremo ha relacionado el derecho penal (en cuanto a sus reglas y principios) con el derecho administrativo sancionador hasta el punto de denominarle en ocasiones como derecho penal administrativo. Así podemos citar la STS de 31 de octubre de 1972 cuando dice: "...Derecho administrativo sancionador, llamado también por muchos derecho penal administrativo, no sin falta de fundamento, puesto que, a lo largo de la historia, se presenta todo un trasiego de infracciones del derecho penal común, al derecho que acabamos de llamar penal administrativo, o viceversa, en razón a tratarse de figuras comprendidas, en lo que se ha dado en llamar "delitos o faltas artificiales", o de creación política, entendida ésta como política legislativa, lo que revela la necesidad imperiosa de que existan unos principios generales, y un cuerpo de doctrina que cubran uno y otro campo, por darse en los dos unas mismas exigencias...".

A partir de la entrada en vigor de nuestra CE, nuestro Tribunal Constitucional ha ratificado lo señalado por el Tribunal Supremo, así se puede citar su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, que en su fundamento jurídico segundo señala: “...los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado ... hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3.º, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad ... Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”.

Como puede apreciarse tanto la doctrina como la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, dan por sentado la aplicación de los principios constitucionales (y los jurisprudenciales derivados del derecho penal) a los procedimientos sancionadores administrativos; aunque dicha aplicación debe acomodarse a las peculiaridades que tiene un procedimiento administrativo respecto de un proceso penal, justificado por la mayor entidad punitiva del derecho penal respecto del derecho administrativo sancionador (aunque debe decirse que en determinadas materias -como por ejemplo la medio ambiental- la sanción que se impone mediante un procedimiento administrativo sancionador puede ser de mayor entidad -económica- que la impuesta en un proceso penal, aunque estas situaciones -en teoría- no se producen en la



actualidad desde la modificación del Código Penal en el año 2010 a partir del cual se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>12</sup>).

## **2. La aplicación de los principios en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración.**

En cuanto a la potestad disciplinaria de la Administración Pública y el ejercicio de la misma frente a sus empleados nunca ha sido discutida ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, esta potestad siempre se ha dado por supuesta.

A raíz de la CE la potestad sancionadora de la Administración (me refiero a la sancionadora general y no a la disciplinaria) solo puede ser ejercida si dicha potestad ha sido reconocida expresamente por una norma con rango de ley tal como lo establece el artículo 127.1 de la LRJPAC; es decir, es el legislador, estatal o autonómico, el que otorga dicha potestad a la Administración<sup>13</sup>. Sin embargo, la potestad disciplinaria se entiende como algo inherente a la propia organización de la Administración Pública ya que no se otorga por el legislador mediante ley, sino que este simplemente reconoce su existencia cuando en el mismo artículo citado señala en su apartado 3 que: “Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculadas a ellas por una relación contractual”.

No existe en nuestro TREP<sup>14</sup> precepto alguno en el cual se otorgue potestad disciplinaria a las Administraciones Públicas de Navarra, ni tampoco

---

<sup>12</sup> La situación anterior a la modificación del Código Penal en el que solo existía responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y el mayor peso de las multas administrativas respecto de las multas penales, sobre esta cuestión se refiere ALENZA GARCÍA, J. F., en Derecho Penal de la Empresa, volumen dirigido por CORCOY BIDASOLO, M., Edita Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, páginas 605-606.; ALENZA GARCÍA, J. F. en Ambiente Natural, Empresa y Relaciones Laborales, volumen dirigido por BARRIOS BAUDOR, G. L., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, páginas 435-437,

<sup>13</sup> El legislador navarro ha otorgado la potestad sancionadora a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra a través del artículo 4.e de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

<sup>14</sup> Ni tampoco en la Ley Foral 13/1983, de 30 de marzo, reguladora del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, norma originaria que desarrolla mediante Ley Foral la competencia histórica establecida en el artículo 49.1.b de la LORAFNA.

se señala expresamente principio alguno de como debe ejercerse dicha potestad (aunque, como se verá más adelante, el TREP plasma indirectamente algunos principios de la mencionada potestad).

La jurisprudencia y la doctrina entienden que la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionadora que tiene la Administración que a su vez proviene, como ya hemos mencionado, de la potestad punitiva que tiene el Estado. Y como es una especie de ese *ius puniendi* que tiene el Estado (aunque no del *ius puniendi* genérico sino más bien de una particularidad del mismo) le son aplicables los principios constitucionales que derivan del artículo 25 de la CE y por ende también los principios jurisprudenciales del derecho penal.

Pero debemos recordar que la jurisprudencia ha señalado que los principios constitucionales y jurisprudenciales derivados del derecho penal deben aplicarse con matices a los procedimientos administrativos sancionadores. Por ello, dicha observación debe tenerse en cuenta en el ejercicio de la potestad disciplinaria, además la jurisprudencia ha señalado que existe algún matiz más respecto del derecho administrativo sancionador que debe tenerse presente, y es con respecto a los principios de legalidad y de *non bis in idem*; en el caso del principio de legalidad se ha señalado que en las relaciones de sujeción especial puede establecerse las infracciones en una norma de carácter reglamentario; y en el caso del principio de *non bis in idem*, el cual rige plenamente en el derecho penal respecto al derecho administrativo sancionador, el mismo tiene una particular interpretación en el derecho disciplinario porque se ha entendido en muchas ocasiones que el fundamento de la sanción disciplinaria es distinta (a la penal o administrativa) y por ello no existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento para que pueda aplicarse dicha prohibición del *bis in idem*.

Los distintos autores han manifestado que la potestad disciplinaria se nutre de los principios garantistas derivados del derecho penal y también de los propios que provienen del derecho administrativo sancionador ya que

consideran que el procedimiento disciplinario es una variante del procedimiento administrativo sancionador

Así podemos citar a Pérez Gómez<sup>15</sup> quien considera que la potestad disciplinaria de la Administración es una manifestación de la más amplia potestad sancionadora que le corresponde en virtud de la función de policía y que el ejercicio del poder disciplinario ha evolucionado siendo muy influida por los principios constitucionales y por la doctrina del TC que ha supuesto la incorporación de elementos garantistas procedentes del derecho penal.

Ramón Parada<sup>16</sup> observa una penetración de los principios informadores del derecho penal en la potestad disciplinaria y que la evolución es pareja a la seguida por la potestad administrativa sancionadora, siendo por ello aplicable la misma doctrina del TC.

Eduardo Barrachina<sup>17</sup> considera al derecho disciplinario como cuasi-penal y que por ello le es de aplicación los principios inspiradores del orden penal con ciertos matices, opinando que ambos son manifestaciones de un mismo ordenamiento punitivo del Estado.

### **3. La plasmación de algunos principios en el Estatuto Básico del Empleado Público.**

De lo expuesto puede afirmarse con rotundidad que los principios constitucionales y los jurisprudenciales que provienen del derecho penal se aplican, con matices, a los procedimientos disciplinarios de las Administraciones Públicas; es por ello que el legislador estatal plasmó dichos principios en una norma básica para que sean aplicados por todas la Administraciones, dicha norma no es otra que la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

---

<sup>15</sup> PÉREZ GÓMEZ, J. M., en Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las administraciones públicas, Editorial Comares, Granada, 1997, página 217.

<sup>16</sup> PARADA, R., en Derecho Administrativo I: Introducción-Organización Administrativa-Empleo Público, 23ª Edición, Editorial OPEN, Madrid, 2013, páginas 624-626.

<sup>17</sup> BARRACHINA JUAN, E., en La Función Pública. Su Ordenamiento Jurídico. Parte Especial. Volumen 2, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1991, página 78.

El EBEP en su artículo 94 señala los principios que deben aplicarse cuando se ejerce la potestad disciplinaria: de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables, de proporcionalidad tanto en la clasificación de infracciones y sanciones como en su aplicación, de culpabilidad y de presunción de inocencia.

Pero debe tenerse en cuenta que dichos principios que se establecen en el EBEP son solo algunos que la jurisprudencia ha señalado como aplicables en el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas; es decir, el EBEP no realiza una creación de principios aplicables a la potestad disciplinaria de la Administraciones sino que se limita a recoger los principios establecidos en la CE y aquellos que ya vienen siendo aplicados por la jurisprudencia. Por ello, en el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas y en los concretos procedimientos disciplinarios que estas incoen a sus empleados públicos deberán aplicarse los principios constitucionales y jurisprudenciales del derecho administrativo sancionador (que a su vez derivan del derecho penal) entre los que se encuentran (que no son todos) los plasmados en el EBEP.

Un ejemplo de que el EBEP solo se limita a recoger en una norma legal lo que la jurisprudencia ya esta aplicando en materia de régimen disciplinario lo constituye la STS de 18 de enero de 2000 cuando al revisar en casación una Sentencia de la Audiencia Nacional que estima un recurso de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía aplicando el principio de proporcionalidad para rebajar la sanción impuesta con referencia al artículo 131 de la LRJPAC que rige para los procedimientos sancionadores; en dicho asunto el TS entiende aplicable dicho principio de proporcionalidad no porque lo disponga la LRJPAC (ya que la misma excluye su aplicación al ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas) sino porque se trata de un principio ya consolidado por la jurisprudencia y que es aplicable también a los procedimientos disciplinarios. Así, el fundamento de derecho segundo de la Sentencia dice:

“... Frente a lo afirmado por el abogado del Estado, la Sentencia de instancia no se apoya en el artículo 131.1, pues dicho artículo sólo se cita después de señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad al Derecho Administrativo sancionador ha tenido una elaboración jurisprudencial, por lo que el artículo 131.1 no hace sino recoger lo que una consolidada Jurisprudencia ya venía exigiendo en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado -también en el ámbito del llamado «Derecho Disciplinario»-, como efectivamente ocurre, pues es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que recuerda que dicho principio debe regir en la materia sancionadora cuando el legislador faculta a la Administración para que opte entre diversos tipos de sanciones o entre diferentes cuantías de las mismas, siendo el ejercicio de esta facultad revisable por la Jurisdicción, al tener una naturaleza netamente jurídica. La cita de aquel precepto es, por tanto, una cita efectuada «a mayor abundamiento», no siendo cierto que la inaplicabilidad del mismo al caso de autos deje a la Sentencia desprovista de base normativa que sustente su fallo”.

#### **4. Necesidad de introducción de principios en el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.**

Las Administraciones Públicas de Navarra cuando ejercen sus potestades disciplinarias deben aplicar los principios recogidos en el EBEP en materia disciplinaria pero no porque se encuentren plasmados en el EBEP (ya que en materia de función pública no es aplicable sin mas la normativa básica estatal, sino solo aquella normativa básica que se refiera a los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios) sino porque se trata de principios constitucionales y jurisprudenciales que deben ser aplicables al ejercicio de la potestad disciplinaria de cualquier Administración Pública, pero también deben aplicar aquellos otros principios (tanto de la potestad como del procedimiento disciplinario) que no figuran en el EBEP.

Por ello, en el presente TFM se propone la modificación del TREP para que se introduzcan en el mismo no solo aquellos principios de la potestad

disciplinaria que vienen en el EBEP sino también aquellos otros que provienen de la propia jurisprudencia para que sirvan de guía no solo para el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas de Navarra sino también de como se deben realizar las distintas actuaciones en los procedimientos disciplinarios que las mismas tramiten.

No obstante, debe decirse que el TREP de manera indirecta ya ha plasmado en el mismo la aplicación de algunos de los principios que han sido recogidos de manera expresa en el EBEP; así por ejemplo en el caso del principio de legalidad y tipicidad nuestro TREP recoge las distintas faltas disciplinarias y las sanciones que proceden imponer; el principio de proporcionalidad se ve materializado en la distinta clasificación de las faltas y sanciones que realiza y en el modo en que se tienen que graduar atendiendo a las circunstancias que establece el artículo 67.1; el principio de prescripción de las faltas y sanciones del artículo 97 del EBEP también tiene su correspondiente en los artículos 61.2 y 70.3 del TREP; incluso la norma foral establece a nivel legal el principio de caducidad del procedimiento en su artículo 71 (algo que es muy propio del derecho administrativo sancionador) el cual no viene establecido en el EBEP.

##### **5. El intento de la doctrina científica de incardinar la potestad disciplinaria en los principios constitucionales de actuación de la Administración y no en los que son expresión del derecho punitivo.**

Debe señalarse que, sobre todo en la última década, parte de la doctrina (motivada por la fundamentación que suele dar la jurisprudencia cuando revisa asuntos de responsabilidad disciplinaria de funcionarios públicos) quiere justificar que los principios aplicables a la potestad disciplinaria no deben residenciarse (o al menos no solo en ellos) en aquellos que derivan de esa potestad punitiva del Estado (que son aquellos que tienen su base en el artículo 25 CE), sino en los principios de actuación de la Administración Pública que tienen su fundamento en el artículo 103 CE.

Por tanto consideran que los intereses generales a los que sirve la Administración junto con los principios de eficacia y jerarquía son los que deben aplicarse (sin dejar de tener en cuenta aquellos principios que provienen del derecho punitivo) en el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas. De esta manera, al no ser el derecho punitivo el eje central de la potestad disciplinaria sino los intereses generales y los principios del artículo 103 CE se justificaría los vacíos de motivación (rellenados por malabares jurídicos de la jurisprudencia) que existen en la aplicación de determinados principios que deben respetarse en cualquier ejercicio del ius puniendi como son el principio de legalidad o la prohibición del *non bis in idem* que en el ámbito disciplinario muchas veces solo tienen el nombre porque se limita tanto la forma en que se aplican que muchas veces no son reconocibles.

Así, Castillo Blanco e Ildefonso Huertas<sup>18</sup> señalan que la potestad disciplinaria debe incardinarse en el derecho de la función pública y no en el derecho administrativo sancionador cuya finalidad resulta sustancialmente distinta. Por ello, consideran que la potestad disciplinaria debe tener su fundamento en los artículos 103.3 y 9.3 de la CE que son los preceptos que se refieren a la Administración Pública y al empleo público, sin perjuicio de que los principios derivados de los artículos 24 y 25 CE que se refieren a la materia penal y sancionadora general puedan actuar como informadores de dicho campo ya que al fin y al cabo se trata de la imposición de unas medidas represivas.

SAMPOL, SÁENZ DE SANTAMARÍA y GRANGEL<sup>19</sup> consideran que la potestad disciplinaria de la Administración Pública tiene su fundamento en la relación de supremacía especial que tiene la misma respecto de sus empleados cuya justificación debe encontrarse en los principios constitucionales que inspiran la configuración de la función pública y en los de

---

<sup>18</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., e ILDEFONSO HUERTAS, R. M., en Lecciones de Función Pública, volumen dirigido por CASTILLO BLANCO, F. A., Edita CEMCI Publicaciones, Granada, 2002, páginas 525-531.

<sup>19</sup> SAMPOL PUCURULL, M., SÁENZ DE SANTAMARÍA GÓMEZ-MAMPASO, O., y GRANGEL VICENTE, I., en Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I, volumen dirigido por DE FUENTES BARDAJÍ, J., 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, páginas 1093-1097.

eficacia, jerarquía, coordinación y sometimiento pleno al derecho consagrados en el artículo 103.1 de la CE.

Dicha tendencia también formó parte del espíritu de los que integraban la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. A continuación se transcribe un fragmento del informe<sup>20</sup> que elaboraron ya que refleja la justificación constitucional que pretendían para la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas:

“... la aplicación mecánica al régimen disciplinario de principios y reglas propios del Derecho administrativo sancionador general, inspirados a su vez en el Derecho penal. Estas reglas están pensadas para la tutela de fines públicos o bienes jurídicos de interés general y no tanto para asegurar el buen funcionamiento interno de una organización y de los servicios que presta. Esta última es, precisamente, la finalidad específica del régimen de sanciones regulado en el derecho del trabajo, mucho más ágil y efectivo. Y debería considerarse, también, la finalidad esencial del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, que encuentra su fundamento más en los principios del artículo 103 de la Constitución que en los principios generales sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Eso no quiere decir que propugnemos la traslación, sin más, del régimen laboral al empleo público, ya que la Administración está sujeta a límites en parte distintos a los de un empresario privado. Tampoco significa inaplicar sin más principios y garantías generales del régimen sancionador, reconocidos en todos los órdenes del Derecho. Pero la necesidad de hacer efectivo el régimen disciplinario también para los funcionarios públicos aconseja a flexibilizar la legislación hasta ahora vigente y aproximarla, también en este punto, al Derecho laboral.

(...)

En consecuencia, creemos que el régimen disciplinario de los empleados públicos debe encontrar su fundamento propio -y así sucede ya en la práctica- en la necesidad de asegurar el buen funcionamiento de la

---

<sup>20</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Edita INAP, Madrid, 2005.



Administración y de los servicios que presta, sin perjuicio de otras finalidades secundarias. Ello no quiere decir que no existan principios y reglas comunes de todo tipo de potestad sancionadora, incluida la disciplinaria. Pero estos principios deben matizarse en este ámbito, en función de aquella perspectiva”.

## **6. Predominio en el Estatuto Básico del Empleado Público de los principios constitucionales inherentes al derecho punitivo.**

De una lectura del Título VII del EBEP que regula el régimen disciplinario puede apreciarse que aunque se ha tenido en cuenta los principios de buen funcionamiento y organización de una Administración Pública (como el de eficacia del artículo 103.1 CE) se ve que siguen predominando aquellos principios que son inherentes al derecho punitivo, los cuales son más garantistas para el empleado público<sup>21</sup>.

Por tanto, el EBEP ha recogido en materia disciplinaria los principios referidos a organización, buen funcionamiento y objetivos que persiguen las Administraciones Públicas pero sin olvidar que nos encontramos ante una manifestación especial (no la general) del *ius puniendi*, y por ello deben aplicarse aquellos principios derivados del derecho punitivo. Esta redacción del EBEP simplemente se ha limitado a plasmar lo que en la práctica están realizando los distintos Juzgados y Tribunales de Justicia (y el propio TC) que es enfocar la potestad disciplinaria desde la perspectiva del derecho punitivo para establecer garantías al empleado público pero a su vez conjugarlas con aquellos principios constitucionales referidos a la organización y finalidades que persiguen las Administraciones Públicas.

## **VII. PRINCIPIOS APLICABLES A LA POTESTAD Y AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.-**

---

<sup>21</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., crítica que la influencia del régimen sancionador administrativo es mayor que la recomendada por la Comisión de Expertos, en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, 2ª Edición, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2008, páginas 541-542.

En materia sancionadora cuando hablamos de principios se suele diferenciar los principios de la potestad sancionadora de aquellos otros principios referidos al procedimiento sancionador. Así por ejemplo la LRJPAC cuando se refiere a los principios de la potestad sancionadora señala que son el de legalidad, de irretroactividad, de tipicidad, de responsabilidad, de proporcionalidad, de prescripción y de concurrencia de sanciones (*non bis in idem*) y cuando se refiere a los principios del procedimiento señala el de garantía del procedimiento, de derechos mínimos que se garantizan al presunto responsable, de posibilidad de medidas de carácter provisional, de presunción de inocencia y de existencia de una resolución con unos determinados requisitos.

El EBEP en su artículo 94 también se refiere a los principios relativos al ejercicio de la potestad disciplinaria por las Administraciones Públicas y en su artículo 98 se refiere al procedimiento disciplinario y a las medidas provisionales.

Todos esos principios, ya sean de la potestad o del procedimiento, sirven para delimitar la forma en que debe ser ejercida esa potestad disciplinaria de la Administración en garantía del empleado público. En vista de que son principios delimitadores se procederá en el presente TFM a enumerar los principios (algunos, ya que en vista de que son derivación de principios constitucionales y jurisprudenciales son numerosos y difíciles de abarcar en este TFM) que deben aplicarse en materia de régimen disciplinario de las Administraciones Públicas; haciendo especial referencia a la normativa de Navarra.

## **1. Principios de legalidad y tipicidad.-**

### *1.1. En el derecho administrativo sancionador.*

El artículo 25.1 de la CE dispone que: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no

constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”

De dicho precepto derivan, según la jurisprudencia, varios principios como el de legalidad, tipicidad, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, *non bis in idem* que trataremos en el presente TFM.

Debido a la gran conexión que existe entre los principios de legalidad y tipicidad, sin olvidar que el TS ha señalado que ambos principios tienen sustantividad propia<sup>22</sup>, se tratarán a la vez en el presente epígrafe.

No es objeto del presente TFM el tratar a fondo ambos principios sino como se trasladan al régimen disciplinario. Por eso me limitaré a dar un concepto bastante sencillo de ambos, ya que existe numerosa jurisprudencia y doctrina que los analiza exhaustivamente desde la vertiente penal y sancionadora administrativa<sup>23</sup>.

Podemos definir el principio de legalidad como aquel que ofrece una doble garantía al ciudadano; por un lado, una de carácter material referida a la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones que les corresponde; y por otro lado, una de carácter formal referida al rango necesario de las normas que tipifican dichas conductas y que regulan las sanciones, ya que el termino “legislación vigente” de la CE establece una reserva de ley en materia sancionadora.

La garantía material conlleva las exigencias de: *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*, que se refieren a una norma jurídica escrita, previa y cierta. La

<sup>22</sup> Así lo señala la STS 20/12/1989 que en su fundamento de derecho tercero dice: “... Ante todo es preciso resaltar que los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 C. E.) y de hacer realidad junto a la exigencia de una «lex previa», la de una «lex certa»(...)”

<sup>23</sup> Un estudio exhaustivo de ambos principios es realizado por NIETO GARCÍA, A., en Derecho Administrativo Sancionador, 5ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, páginas 161-318.

exigencia de *lex certa* se refiere a la necesidad de que la norma jurídica permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras, ello es lo que busca el principio de tipicidad que es la descripción concreta de la conducta prohibida que lleva aparejada la correspondiente sanción.

La garantía formal es la referida a la reserva de ley, la cual en el ámbito del derecho administrativo sancionador es exigible pero dicha reserva de ley en la tipificación de infracciones y sanciones admite la inclusión del reglamento en la concreción de dicha tipificación.

La STC 42/1987, de 7 de abril, explica de manera magistral los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, por ello, es necesario citar su fundamento jurídico segundo que dice:

“El art. 25.1 de la Constitución prescribe que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

(...)

A este respecto es preciso reiterar que, si bien el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia

a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias -STC 2/1987, de 21 de enero- bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales -STC 87/1985, de 16 de julio- o materiales, en todo caso aquel precepto constitucional determina «la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal» -STC 77/1983, de 3 de octubre-, habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan. Más aún, y hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del ius puniendi genérico del Estado (STC 2/1987, citada), puede afirmarse que la reserva de la Ley contenida en el art. 25.1 de la Constitución despliega una eficacia semejante a las que establecen otras normas constitucionales. Es decir, que, como ha señalado este Tribunal con relación a alguna de ellas, la reserva de Ley no excluye «la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» -STC 83/1984, de 24 de julio-, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

En consecuencia, debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras.”

En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se manifiesta en el sentido de que la potestad sancionadora tiene que estar establecida en una norma con rango de ley (artículo 127.1 de la LRJPAC) y que las infracciones tienen que estar previstas y las sanciones delimitadas en una norma que también tenga rango legal; sin perjuicio que mediante una norma de rango reglamentario se introduzcan especificaciones o graduaciones a dichas infracciones y sanciones que han sido previamente establecidas en la norma de rango legal (así lo establece el artículo 129 de la LRJPAC).

Es decir, es el legislador el que tiene que realizar el esfuerzo de establecer los elementos necesarios del tipo para que este sea reconocible, ya que la norma reglamentaria no puede establecer esos elementos necesarios sino solo realizar las oportunas especificaciones. Por tanto, las infracciones y las sanciones que se establecen en una norma reglamentaria tienen que tener su respectiva cobertura legal.

### *1.2. En el derecho disciplinario: la particularidad de la reserva de ley.*

En el ámbito del derecho disciplinario de los funcionarios públicos rigen también los principios de legalidad y tipicidad pero con unas diferencias respecto al ámbito del derecho administrativo sancionador. La primera que no se necesita que el legislador reconozca la potestad disciplinaria para que pueda ser ejercida ya que se entiende que es algo inherente a la propia organización de la Administración. La segunda que es posible tipificar las faltas disciplinarias y sus respectivas sanciones en una norma de carácter reglamentario por la simple remisión de una norma de rango legal que contenga los criterios que debe cumplir el establecimiento de dichas faltas en la norma reglamentaria.

Incluso en un primer momento el TC consideraba ajustado al principio de legalidad el que la tipificación de la falta disciplinaria se encontrara al menos en una norma reglamentaria. Así podemos mencionar la STC 35/1990, de 1 de marzo, en la cual el TC al analizar la imposición de una sanción de suspensión

de funciones a un policía municipal considera que aunque la falta disciplinaria ya no conste tipificada como falta muy grave en la ley (la LMRFP derogaba las faltas muy graves de la anterior Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 y a su vez establecía otro listado de faltas disciplinarias muy graves) sí viene establecida como falta disciplinaria grave en el RRDFAE. Su fundamento jurídico cuarto dice:

“No puede en absoluto considerarse arbitraria, ni contraria a Derecho, la apreciación de la Audiencia. En efecto, la legislación anterior a la Ley 30/1984, que desarrolla dicho Real Decreto, legislación constituida por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado de 7 de febrero de 1964) y por el Reglamento de Régimen Disciplinario de 16 de agosto de 1969 (Decreto 2.088/1969), así como por el Real Decreto 3.046/1977 que aprueba el texto articulado parcial de la Ley de Bases del Régimen Local de 1975 (arts. 51 y siguientes), consideraba la comisión de conductas constitutivas de delito doloso como falta muy grave. La Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, no incluye esta falta entre las que, con carácter de norma básica (art. 31), califica de muy graves. Pero ello no tiene que suponer forzosamente, como el recurrente aduce, que haya desaparecido desde entonces y hasta la entrada en vigor del Real Decreto 33/1986, la tipificación de esta falta, sino tan sólo que se ha derogado su calificación como falta muy grave. En consecuencia, se trata de un problema de interpretación de la legalidad y de la Sentencia de la Audiencia Territorial se deduce, no obstante, una cierta imprecisión terminológica, que ha considerado que la tipicidad de la conducta imputada seguía vigente, si bien ya no como falta muy grave, sino como falta grave, y así lo establece expresamente el Real Decreto 33/1986, aplicado al caso de autos. Siendo ésta una interpretación razonable, no puede decirse que el recurrente fue sancionado por una conducta no tipificada como falta en el momento de su comisión, por lo que cae por su base toda la argumentación tendente a demostrar la infracción del art. 25.1 de la Constitución”.

Posteriormente el TC matiza la anterior doctrina y manifiesta que incluso en las relaciones de sujeción especial es necesaria que la tipificación de faltas disciplinarias y de sus respectivas sanciones en una norma de carácter

reglamentario tengan la necesaria cobertura legal, pero a dicha cobertura legal no se le exige lo mismo que para el ejercicio de la potestad sancionadora general, ya que en materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos no nos encontramos en el ejercicio del *ius puniendi* genérico; por ello, la ley puede habilitar a que se tipifiquen en una norma reglamentaria las distintas faltas y sus respectivas sanciones siempre que dicha ley establezca unos criterios orientadores para la regulación que se introducirá en el reglamento. El ATC 124/2005, de 4 de abril, señala:

“Pues bien, como recordábamos en el reciente ATC 59/2004 de 24 de febrero: «este Tribunal tiene declarado que la referencia a la legislación vigente en el art. 25.1 CE tiene un alcance diferente cuando se trata de la determinación de contravenciones, en el seno de una relación de sujeción especial, en el que la potestad sancionadora no es la expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación. En tales casos, la reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, aunque también en ellos, una sanción carente de toda base normativa legal devendría no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE; ahora bien, esa base normativa legal también existe cuando la Ley se remite, concretando la especificación y gradación de las infracciones, a normas inferiores, puesto que tal mecanismo permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley (SSTC 2/1987, de 21 de enero, F. 2; 69/1989, de 20 de abril, F. 1)». En definitiva, si bien la garantía formal (la reserva de Ley) se debilita en la tipificación de las infracciones y graduación de las sanciones, se mantiene en todo caso la exigencia de habilitación legal para el ejercicio de la potestad sancionadora y la reserva de Ley en cuanto al establecimiento de las sanciones.

5. La aplicación de lo acabado de exponer al caso que nos ocupa conduce a afirmar la falta de contenido constitucional de la demanda también en cuanto a la aducida vulneración de principio de legalidad (art. 25.1 CE), incluso considerando la dimensión otorgada a la queja merced a las alegaciones del Ministerio Público. En efecto, la tipificación de infracciones



disciplinarias graves efectuada por el RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, encontraría cobertura legal en el Real Decreto Legislativo 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el cual, además de tipificar expresamente las infracciones muy graves en su art. 88 (luego derogado por el art. 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de Reforma de la Función Pública), establece un catálogo de sanciones disciplinarias en el art. 91.1, prevé cierta graduación de tales sanciones en función de qué tipo de infracción se trate, y, finalmente, en el art. 89, remite al reglamento la tipificación de las infracciones graves y leves con indicación de ciertos criterios orientadores de la regulación a introducir reglamentariamente (intencionalidad, perturbación del servicio, atentado a la dignidad del funcionario o la Administración, falta de consideración con los administrados y la reiteración o la reincidencia). Se respetan así los límites constitucionales impuestos por este Tribunal a la modulación del principio de legalidad cuando de relaciones de sujeción especial se trata”.

También nuestro TS ha manifestado lo mismo que lo señalado por el ATC que acabamos de citar, aunque unos años antes, en su Sentencia de 23 de octubre de 2001, en la que señala que los preceptos que tipifican faltas disciplinarias graves y leves del RRDFAE tienen la suficiente cobertura legal en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

Otra STS que es necesaria citar es la de 26 de abril de 2004, que señala que la tipificación de una falta disciplinaria grave en el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía tiene suficiente cobertura legal en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que establece que dichas faltas se tipificarán en un reglamento con los criterios que señala la mencionada Ley Orgánica. Pero la importancia de esta Sentencia radica en que añade un argumento más a la anterior que hemos citado, ya que el TS señala que en las relaciones de sujeción especial que sean de una singular intensidad es posible que la ley remita al reglamento la tipificación de las

conductas sancionables. El fundamento de derecho tercero de esta Sentencia expresa lo siguiente:

“... En el ámbito de unas relaciones de sujeción especial de singular intensidad basta para que el principio de legalidad, en su garantía de exigencia de una Ley formal, se considere respetado respecto a la tipificación de una infracción disciplinaria, que el precepto reglamentario tenga su apoyo en la Ley, aunque el precepto de Ley formal no defina específicamente el tipo de la infracción disciplinaria.

Así ha ocurrido con los artículos 42 y siguientes de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria. En ellos no se tipifican las faltas disciplinarias muy graves, graves y leves, sino que se enuncian los principios de su tipificación. No obstante ello, el Tribunal Constitucional admite la concreta tipificación en norma de carácter reglamentario, atendiendo a que se trata de relaciones de sujeción especial con una singular intensidad en el vínculo que une a los presos con la Administración penitenciaria, singular intensidad que también se produce (lo reconoce igualmente el Tribunal Constitucional) en el supuesto de las relaciones a que se someten los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

En el supuesto que abordamos, el artículo 27 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al regular el régimen disciplinario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, tipifica específicamente las faltas muy graves (apartado 3), pero añade que las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente de conformidad con los criterios que a continuación expone (apartado 4), particularización que no se contenía en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Existe pues una cobertura legal suficiente del artículo 7.22 del RRDCNP en el artículo 27.4 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al tratarse de la regulación de relaciones de sujeción especial, cobertura legal que impide considerar que dicho precepto vulnera el principio de legalidad consagrado por el artículo 25.1 de la Constitución, lo que conduce a desestimar la presente cuestión de ilegalidad”.

En mi opinión esta STS establece que incluso en el caso de la tipificación de las faltas disciplinarias de los funcionarios públicos y de las

sanciones que les corresponde el principio de legalidad rige y por ello es necesaria la correspondiente cobertura legal del reglamento, pero dicha cobertura legal deberá ser más (o menos) precisa dependiendo de la intensidad que une al funcionario con la Administración (caso de policías como refiere la Sentencia) a lo que también debe añadirse (como se señalará más adelante) según el grado de la falta o sanción que se establece, es decir, la Ley deberá ser más precisa si se trata de faltas o sanciones de gravedad mayor.

Podemos afirmar que el TC ha ratificado su doctrina (que es la misma del TS) respecto a la posibilidad de que en materia disciplinaria de los funcionarios públicos la ley pueda habilitar al reglamento la tipificación de las faltas disciplinarias siempre que se establezca en dicha ley los criterios que debe tener en cuenta la norma reglamentaria, ya que en su Sentencia 195/2005, de 18 de julio, otorga el amparo solicitado porque se le impone una sanción a un policía municipal por una falta disciplinaria que no estaba tipificada en la norma reglamentaria porque años atrás dicho precepto había sido anulado por el TS. La expresada Sentencia se refiere en sus fundamentos jurídicos de la siguiente forma:

“4. Despejadas las dudas sobre la admisibilidad de esta queja constitucional, debemos examinar a continuación si la resolución administrativa impugnada impone una sanción con base a un precepto reglamentario declarado nulo por el Tribunal Supremo, por lo que el recurso de amparo va a ser estimado.

Pues bien, en el caso ahora enjuiciado conduce a apreciar la lesión del principio de legalidad por parte de la sanción disciplinaria impugnada en amparo, en la medida en que es resultado de la aplicación de una norma sancionadora (en concreto, el art. 7.2 del repetido Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía que no se encontraba vigente ni en el momento de cometerse los hechos sancionados, ni en el de dictarse la resolución administrativa disciplinaria ni, por supuesto, en el momento de pronunciarse dicha resolución judicial por haber sido expulsada del ordenamiento jurídico, mediante su declaración de nulidad por el órgano judicial competente (en concreto, por la Sección Séptima de la Sala de lo contencioso-

administrativo del Tribunal Supremo), en virtud de su incompatibilidad con la Constitución y, más en particular, con un derecho fundamental, cual es el derecho a la libertad de expresión. En definitiva, se ha sancionado al recurrente en amparo al aplicar un tipo disciplinario inexistente, con lo que se ha infringido el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

5. Esta lesión del principio de legalidad sancionadora, al no respetarse la garantía de la predeterminación normativa del ilícito disciplinario, no puede verse atemperada por el hecho de que nos encontremos ante lo que se denomina una relación especial de sujeción entre la Administración municipal y el policía local sancionado, pues incluso en este tipo de ámbitos, la imposición de una sanción carente de toda base normativa resulta contraria al art. 25.1 CE (SSTC 132/2001, de 8 de junio, F. 4; y 26/2005, de 14 de febrero, F. 5, por todas). No sirve tampoco para remediar la violación de este principio, frente a lo que sugiere el Ministerio público, la existencia de criterios de rango legal en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, para la tipificación de las faltas disciplinarias por parte del poder reglamentario. El Fiscal se refiere, en particular, a los criterios establecidos por las letras c) y d) del apartado 4 del art. 27 de la meritada Ley Orgánica –en relación con el régimen disciplinario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía–, que disponen que: «4. Las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente, de conformidad con lo siguientes criterios: ... c) Los daños y perjuicios o la falta de consideración que puedan implicar para los ciudadanos y los subordinados», y «d) El quebrantamiento que pueda suponer de los principios de disciplina y jerarquía propios de este Cuerpo».

Y es que estos criterios, rodeados de un halo de incertidumbre, no contienen por sí solos de manera autónoma los elementos mínimos necesarios para que se pueda entender cumplimentado por las faltas disciplinarias el principio de predeterminación normativa inherente al derecho a la legalidad sancionatoria. En otras palabras, la referida Ley Orgánica no contiene tipos infractores autónomos, sino los criterios rectores o las guías normativas para que el poder reglamentario pueda definir de forma concreta y específica tales tipos respetando el principio de reserva de Ley, en tanto que garantía de naturaleza formal integrante del art. 25.1 CE.

Debe reseñarse, por último, que el principio de tipicidad exige que la Administración sancionadora precise de manera suficiente y correcta cuál es el tipo infractor determinante de la sanción. Por ello, y frente a lo sostenido por el Fiscal, no resulta posible sustituir en sede jurisdiccional el tipo sancionador aplicado por la Administración municipal”.

Por tanto, existe un gran margen para que la norma reglamentaria pueda establecer faltas disciplinarias pero siempre tiene que existir una ley que habilite ello y establezca los criterios a tener en cuenta por dicho reglamento, ya que si no existe dicha cobertura legal entonces se quebrantaría el principio de legalidad en su vertiente formal, eso es lo que declaró la STC 21/2010, de 27 de abril, que anula una sanción impuesta a un notario porque la sanción que establecía el Reglamento no tenía cobertura en una norma de rango legal.

### *1.3. En el Estatuto Básico del Empleado Público.*

El EBEP en su artículo 94.2.a dice que la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios: “Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, *a través de la predeterminación normativa* o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos”.

Teniendo en cuenta las vertientes formal y material del principio de legalidad, en el que la vertiente formal se refiere a la reserva de ley y la vertiente material se refiere al mandato de ley escrita, previa y cierta, en la que esta última característica obliga a que la norma jurídica permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras (es lo que busca el principio de tipicidad con la descripción concreta de la conducta prohibida) podemos afirmar que el artículo 94.2.a. del EBEP no establece el principio de legalidad en su vertiente de reserva de ley.

Dicho esto no significa que el EBEP no haya establecido la reserva de ley en la tipificación de las faltas disciplinarias y de las sanciones, ya que sus artículos 95 y 96 exigen el establecimiento de las mismas en una norma de rango legal. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el caso de la

tipificación de las faltas disciplinarias muy graves y graves dicha reserva de ley es indiscutible; sin embargo, en el caso de las faltas leves el EBEP no establece de manera tajante dicha reserva.

El artículo 95.4 del EBEP dispone: “Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias”.

Dichas “circunstancias” vienen establecidas en el apartado 3 de dicho artículo 95 (que son las que tienen que tener en cuenta las leyes cuando establezcan faltas graves) y son:

- “a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad.
- b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.
- c) El descrédito para la imagen pública de la Administración.”

Por tanto, son las CC.AA. las que decidirán si tipifican las faltas leves en sus leyes de función pública o si establecen los criterios (que necesariamente serán las circunstancias que se señalan en el artículo 95.3 del EBEP) que deben tenerse en cuenta en la tipificación de dichas faltas en la norma reglamentaria.

Este sistema era el que existía antes del EBEP ya que el RRDFAE tipificaba *ex novo* las faltas disciplinarias graves y leves debido a que la ley de funcionarios de 1964 establecía que se tipificarían las mismas en una norma reglamentaria teniendo en cuenta las circunstancias que señalaba dicha ley. Ahora el EBEP otorga la posibilidad de que se pueda tipificar faltas disciplinarias en una norma reglamentaria pero solo las faltas leves, siempre que el legislador (estatal o autonómico) habilite al reglamento teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 95.3 del EBEP; es decir, en materia de faltas leves siempre es el legislador el que decidirá si se inmiscuye hasta el punto de tipificar las concretas infracciones o decide habilitar al reglamento.

Este sistema también es acorde con lo señalado por la jurisprudencia (e incluso ofrece mayores garantías porque lo establece para todos los funcionarios sin depender de las funciones que realiza -la denominada relación de sujeción especial de algunos funcionarios es mas intensa que con otros-) ya que a medida de que la falta disciplinaria revista mayor gravedad la misma se encuentra establecida en una norma de rango legal, pero las faltas disciplinarias leves pueden estar establecidas en un reglamento siempre que la ley habilite ello y establezca las circunstancias que deben tenerse en cuenta para que pueda tipificarse un hecho como falta.

Aunque no cabe duda que la tipificación de las faltas leves en una norma de rango legal sería más garantista para el empleado publico.

SAMPOL, SÁENZ DE SANTAMARÍA y GRANGEL<sup>24</sup> al analizar el principio de legalidad en materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos señalan la posibilidad (e incluso la necesidad) de un espacio reservado al reglamento para encausar una mejor organización de la función pública cuando dicen: “Si para lo penal se exige ley formal (en algunos casos orgánica, si lo reglado afecta a derechos fundamentales), para lo disciplinario tan solo se exigirá para aquellas materias que implique una afectación al funcionario que vaya más allá de lo que son potestades de autoorganización de la Administración y la eficacia que debe regir la misma; en todo lo demás, podrá entrar el reglamento. Por ello aparece como lógico que el Legislador se inmiscuya en lo disciplinario tan sólo en las líneas esenciales (tipos de infracciones y sanciones, prescripción, *enumeración de las más graves*, etc), quedando lo restante en manos de la potestad reglamentaria del ejecutivo, para encausar mejor la organización de la función pública que le sirve, sin mayor injerencia parlamentaria que la mínima imprescindible para guardar el mandato constitucional de reserva de ley.

(...) Todo ello redundo, como hemos venido apuntando, en que el principio de legalidad en este ámbito se modula en función de lo que es el fin de lo disciplinario: la garantía de la prestación recta de un servicio en el ámbito de

<sup>24</sup> SAMPOL PUCURULL, M., SÁENZ DE SANTAMARÍA GÓMEZ-MAMPASO, O., y GRANGEL VICENTE, I., en Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I, volumen dirigido por DE FUENTES BARDAJÍ, J., 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, páginas 1101-1102.

una relación de sujeción especial. Por ello se permite prescindir de la Ley formal en aquellos casos en que lo que se va regular recaiga más en el ámbito organizatorio y de eficacia de la Administración que en el de la garantía de derechos, lo que sumado a la imposibilidad de privación de libertad a través de las sanciones disciplinarias, redundará en la posibilidad de utilización de la norma reglamentaria en este concreto ámbito”.

La doctrina al analizar el EBEP y el principio de legalidad ha realizado una interpretación bastante garantista respecto de la reserva de ley de las faltas y sanciones, pues señalan que dicha reserva de ley se exige para todas las faltas disciplinarias incluidas las faltas leves, así podemos citar (por todos) a Miguel Sánchez Morón<sup>25</sup> que señala que: “la exigencia de Ley se establece expresamente para tipificar las faltas graves en el artículo 95.3 y para determinar el régimen de las faltas leves (que, lógicamente, debe incluir su tipificación) en el artículo 95.4 por lo que se refiere a los funcionarios ...En consecuencia, se ha venido a establecer una reserva de ley que no existía en la legislación anterior...”.

#### *1.4. En el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.*

El TREP no ha establecido de manera expresa el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones (ni ningún otro principio de los plasmados en el artículo 94.2 del EBEP); sin embargo, dicho TREP ha sido respetuoso con el principio de legalidad (tanto en su vertiente material como formal) ya que a tipificado las concretas faltas disciplinarias que pueden cometer los funcionarios y las sanciones que pueden imponerse, incluidas las faltas leves y sus sanciones.

Sin embargo, en mi opinión, deberían incluirse de manera expresa los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, y señalar que solo mediante ley foral pueden establecerse las faltas disciplinarias (entre las que se

---

<sup>25</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, 2ª Edición, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2008, página 544.



deben encontrar las leves) ya que sería más garantista con respecto al principio de reserva de ley y además sería conforme a la interpretación que esta realizando la doctrina sobre la reserva de ley en la tipificación de cualquier clase de falta disciplinaria (sea cual sea el grado de gravedad de la misma).

Así, se podría evitar lo que sucedió cuando se aprobó el RDIS ya que en el mismo se tipificaron como faltas disciplinarias muy graves otros supuestos que no figuraban en el TREP. Eso se realizó para adecuar las faltas disciplinarias a la tipificación que estableció la LMRFP ya que se aprovechó la aprobación del RDIS para insertar aquellas faltas disciplinarias muy graves que figuraban en la LMRFP que no tenían su equivalente o tipo donde pudiera encajarse en el TREP.

Ello también serviría al principio de seguridad jurídica ya que se ha considerado que el TREP es un código completo y que en materia de función pública, debido a la competencia histórica de Navarra, siempre se ha realizado una interpretación integradora de la normativa foral sin necesidad de acudir a la normativa estatal.

Ahora, con la aprobación del EBEP hay que acudir a dicha norma básica para dar cobertura legal a las faltas disciplinarias muy graves tipificadas en el artículo 7 del RDIS en sus letras h), j), k), m), n) –este tipo puede subsumirse en el artículo 95.2.h del EBEP-, o) –este tipo puede subsumirse en el artículo 95.2.e del EBEP que es más amplio que el navarro, ya que se refiere a cualquier documento o información-. E incluso, debe señalarse que la falta tipificada en la letra i) referida a “los actos limitativos de la libre expresión del pensamiento, ideas y opiniones” no tiene su equivalente en una norma de rango legal ya que el EBEP no lo recoge y el precepto legal donde se tipificaba (en la LMRFP) ha sido derogado expresamente por el apartado b) de la Disposición Derogatoria Única del EBEP (aunque dicha falta disciplinaria puede tener suficiente cobertura legal en el tipo de “la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales” que ya establecía la LMRFP y que ahora lo recoge el EBEP).

### *1.5. En la resolución sancionadora.*

En virtud del principio de legalidad (en relación con el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la CE) la Administración cuando dicta una resolución que pone fin al procedimiento disciplinario imponiendo una sanción tiene la obligación de señalar, como parte de la motivación de la misma, el precepto de rango legal en que se basa dicha sanción, sin perjuicio de que exista colaboración del reglamento (STC 21/2010, de 27 de abril, FJ 4º), y no es posible que, en caso de que se haya equivocado en la tipificación de la falta disciplinaria, pretenda cambiar en vía judicial el precepto legal en que se funda la sanción porque ello iría en contra del principio de tipicidad (STC 195/2005, de 18 de julio, FJ 5º).

Por último, debe señalarse que dado que ambos son principios constitucionales que tienen su fundamento en el artículo 25 de la CE, la vulneración de ellos permite que el funcionario tenga la opción de acudir al procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales de la persona de los artículos 114 a 122 de la LJCA y, en su caso, también tendría la posibilidad de acceder a la justicia constitucional a través del recurso de amparo (siempre que el asunto tenga una “especial trascendencia constitucional” tal como dispone el artículo 50.1.b) de la LOTC).

## **2. Principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables.-**

### *2.1. Fundamento Constitucional.*

Según la jurisprudencia estos dos principios tienen su fundamento en distintos preceptos de la CE. Así, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables tiene su fundamento en los artículos 25.1 cuando dice: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” y en

el artículo 9.3 que establece: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Mientras que el principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables solo tendría su fundamento en el artículo 9.3 de la CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, por ello, *a contrario sensu* la CE garantiza la retroactividad de las disposiciones sancionadoras que sean favorables.

Esta matización es relevante a los efectos de poder acceder a la justicia constitucional ya que una sanción disciplinaria que no aplique el principio de retroactividad de la norma más favorable no podría ser objeto de revisión por el TC a través del recurso de amparo (pues no se trata de la vulneración de un derecho o libertad de los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Norma Fundamental).

El TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la fundamentación constitucional de estos principios en numerosas sentencias. Así podemos citar, como una de las primeras, la 8/1981, de 30 de marzo, que en su fundamento jurídico tercero dice:

“El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretando «a contrario sensu» este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3. Sin embargo, ni el

artículo 9.3 -cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador- ni, por supuesto, el artículo 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el artículo 53.2 de la misma.

Por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (Título IV, capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla («nullum crimen, nulla poena sine praevia lege»). Pero del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente”.

Por tanto, en el ámbito disciplinario de los funcionarios públicos no es posible que se pueda acudir al TC, a través del recurso de amparo, por la no aplicación retroactiva de una norma disciplinaria que sea favorable sobre la base del artículo 25.1 de la CE (aunque, como se verá más adelante, es posible a través de otro precepto en determinados casos) ya que el propio TC ha manifestado que si ello no es posible en el ámbito penal mucho menos lo será en el ámbito del derecho administrativo sancionador, así se puede citar la STC 85/2006, de 27 de marzo, que en su fundamento jurídico cuarto dice:

“En la medida en que, como acabamos de señalar, la responsabilidad derivada por la Administración tributaria a los recurrentes tiene un contenido punitivo, es evidente que, conforme a nuestra jurisprudencia, resultan aplicables las garantías materiales y procesales que se deducen de los arts. 25.1 y 24.2, ambos CE [entre las últimas, SSTC 145/2004, de 13 de septiembre, F. 3; 52/2004, de 13 de abril, F. 3; 54/2003, de 24 de marzo, F. 3; 9/2003, de 20 de enero, F. 3 a); y 116/2002, de 20 de mayo, F. 3. Entre tales garantías se encuentra el derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, reconocido en el citado art. 25.1 CE, derecho cuya vulneración atribuyen los demandantes a la Sentencia de 14 de febrero de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El recurso de amparo, sin embargo, debe ser rechazado en este punto por las razones que se exponen a continuación.

Como se ha dicho, según expresa la demanda, la infracción del art. 25.1 CE se habría producido al no haber aplicado la referida Sala retroactivamente el art. 37.3 LGT, en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, pese a que la deuda tributaria derivada a los recurrentes se integraba por sanciones y dicho precepto era claramente más favorable que el anteriormente vigente al excluir la posibilidad de que la responsabilidad alcance a las sanciones.

Claramente, parten los recurrentes de la premisa de que el citado art. 25.1 CE exige la aplicación retroactiva de las normas de carácter punitivo más favorables. Sin embargo, como advierte el Ministerio Fiscal, la jurisprudencia de este Tribunal viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE y, de esta forma, su eventual defensa en esta vía constitucional (SSTC 14/1981, de 29 de abril, F. 7; 68/1982, de 13 de mayo, F. 3; 122/1983, de 26 de octubre, F. 2; 51/1985, de 10 de abril, F. 7; 131/1986, de 29 de octubre, F. 2; 196/1991, de 17 de octubre, F. 3; 38/1994, de 17 de enero; y 177/1994, de 10 de junio, F. 1; y ATC 226/1990, de 4 de junio, F. 2). En efecto, como señalábamos en la STC 99/2000, de 10 de abril, si en el ámbito del Derecho penal stricto sensu, en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el

encuadramiento del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE, esto es, que dicho principio se integre en el contenido del derecho fundamental que en tal precepto se consagra, es claro que el apartamiento de esa doctrina resulta menos justificado «cuando, como aquí ocurre, de lo que se trata es de una sanción administrativa» (F. 5; en el mismo sentido, ATC 241/2003, de 14 de julio, F. 3).

Ciertamente, este Tribunal ha señalado en varias ocasiones que el art. 9.3 CE, además de establecer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, garantiza también, interpretado a contrario sensu, la retroactividad de la Ley penal o sancionadora más favorable (en este sentido, SSTC 8/1981, de 30 de marzo, F. 3; 15/1981, de 7 de mayo, F. 7; 51/1985, de 10 de abril, F. 7; 177/1994, de 10 de junio, F. 1; 129/1996, de 9 de julio, F. 3; y 215/1998, de 11 de noviembre, F. 2; AATC 876/1986, de 29 de octubre, F. 2; 303/1989, de 5 de junio, F. 2; 226/1990, de 4 de junio, F. 2; 30/1998, de 28 de enero, F. 7; y 146/1998, de 25 de junio, F. 3). Sin embargo, también viene declarando reiteradamente que el art. 9.3 CE, por imperativo de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, queda extramuros del amparo (entre muchas otras, SSTC 159/1997, de 2 de octubre, F. 2; 183/1997, de 28 de octubre, F. 3; 71/1998, de 30 de marzo, F. 4; 36/1999, de 22 de marzo, F. 2; 84/1994, de 10 de mayo, F. 4; y 111/2001, de 7 de mayo, F. 7), razón por la cual no cabe acudir a esta vía para denunciar, como aquí se hace, la inaplicación retroactiva de una norma sancionadora más favorable.

Ha de concluirse, pues, que no puede acogerse la denunciada infracción del art. 25.1 CE”.

## *2.2. Plasmación en normas legales.*

Bajando al ámbito legal, dichos principios constitucionales han sido plasmados en distintas leyes, entre ellas debemos citar (por su aplicación general a la totalidad de los procedimientos sancionadores) la LRJPAC, que en su artículo 128 dispone:

“1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”

El EBEP también ha plasmado dichos principios en su artículo 94.2.b cuando dice que la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con el “principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor”.

Pero, al margen de su plasmación o no en una norma de rango legal, la realidad es que se trata de principios que tienen su fundamento en la CE, y por ello, el TS siempre ha velado por la correcta aplicación de los mismos. Es decir, aunque la norma disciplinaria no establezca dicho principio de manera expresa el mismo siempre sería aplicable, así podemos citar la STS de 23 de septiembre de 1991, en la que revisa la sanción disciplinaria impuesta a un policía nacional en la que entre la fecha de imposición de la sanción y la tramitación del recurso de reposición interpuesto contra la misma hubo un cambio normativo debido al cual la nueva norma ya no tipificaba como falta disciplinaria aquella por la que había sido sancionado el policía, en dicho caso el TS aplica el principio de retroactividad de la norma más favorable al funcionario, el fundamento de derecho segundo de la referida Sentencia dice:

“Centrado el objeto esencial de la apelación, debe señalarse que este Tribunal, lo mismo que el Tribunal Constitucional, viene sosteniendo en jurisprudencia constante la aplicación al derecho administrativo sancionador, aunque con ciertos matices, de los principios del Derecho Penal, lo que en el tema actual supone la aplicabilidad de la retroactividad favorable establecida en el artículo 24 del Código Penal, y a sensu contrario en el art. 9.3 de la Constitución, beneficio que ha sido aplicado en numerosas sentencias de esta Sala, de las que pueden citarse las de 31-5, 29-9 y 13-10-1988, 2-1, 8-2, 19-3, 22-6 y 3-12-1990, y 18 y 22-1-1991.

A partir de tal planteamiento, y puesto que, como sostiene el apelante, la conducta prevista como falta grave en el art. 524.1.º y 2.º del D. 2038/75, no se recoge en el catálogo de las del mismo carácter del art. 27 de la Ley Orgánica 2/86 de 13-3, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni, añadimos nosotros, en

ninguno de los tipos de faltas, ni de graves, ni leves del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por RD de 14-7-1989, es visto que debe ser beneficiario de la retroactividad favorable de la ley nueva. Y al no haberse tenido en cuenta tal retroactividad en la sentencia apelada, debe prosperar el recurso de apelación que contra ella se formula, con la consecuente revocación de la sentencia apelada, debiéndose en su lugar estimar el recurso contencioso-administrativo que aquélla desestimó”.

### *2.3. Especificidades en relación con la plasmación en normas jurídicas del principio de retroactividad de disposiciones sancionadoras favorables.*

En cuanto al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables no existe problema en su interpretación ya que según el mismo se prohíbe que puedan aplicarse las normas jurídicas vigentes a hechos producidos con anterioridad a su entrada en vigor. En donde si pueden existir mayores dudas en su aplicación es respecto al principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras que sean favorables al interesado, es por ello que se analizará más dicho principio.

Debe decirse que en la normativa disciplinaria el principio de retroactividad de la norma sancionadora favorable no ha sido plasmado por vez primera en el EBEP (aunque sí de forma clara y rotunda desde dicha norma básica) ya que la Disposición Transitoria Primera del RRDFAE ya lo establecía al decir que: “Los expedientes disciplinarios que se encuentren en tramitación en el momento de publicación de este Reglamento seguirán regulados por las disposiciones anteriores, salvo que las de éste le sean más favorables”. Este precepto es una muestra de que incluso en la redacción de la normativa aplicable a unos ciudadanos que según la doctrina imperante en dicha época (algo matizada actualmente) se encuentran sometidos a una relación de sujeción especial son aplicables principios constitucionales como el de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables.



En cuanto a la plasmación en el EBEP de dicho principio de retroactividad supone, en opinión de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales<sup>26</sup>, la posibilidad de intentar abrir el camino del recurso de amparo ante el TC por quebrantamiento de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE<sup>27</sup>.

#### *2.4. Aspectos a tener en cuenta en la aplicación retroactiva de la norma disciplinaria favorable.*

La retroactividad de la norma disciplinaria que sea favorable debe realizarse en bloque, es decir, de manera íntegra, sin que pueda aplicársele al interesado lo más favorable de la norma anterior y de la posterior vigente, ya que si se hiciera esto se estaría creando una tercera norma a medida para el presunto infractor. Obviamente, antes de realizar la aplicación retroactiva de una norma sancionadora que sea favorable debe haberse realizado la oportuna comparación global de ambas normas para determinar cuál es la más beneficiosa.

La STC 75/2002, de 8 de abril, en su fundamento jurídico cuarto, señala que: “Tampoco está de más que, en el contexto de este caso concreto, hagamos referencia a nuestras afirmaciones sobre los mecanismos de sucesión de normas en el tiempo y, más concretamente, a la retroactividad de la ley penal más favorable. Ya en la STC 131/1986, de 29 de octubre, F. 2, tuvimos ocasión de decir que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, además de no conceder derecho de carácter constitucional susceptible de amparo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo), supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el

<sup>26</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., en Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, 3ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, página 269.

<sup>27</sup> Para NIETO GARCÍA, A., la plasmación en una norma legal de la regla de la retroactividad de la norma sancionadora favorable es trascendental ya que para dicho autor el artículo 9.3 de la CE no establece a sensu contrario la regla de la retroactividad; sino que en virtud de dicho precepto las normas sancionadoras favorables pueden ser tanto retroactivas como irretroactivas, es por ello que para él su establecimiento en el artículo 128.2 de la LRJPAC acarrea que la regla de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables tiene rango legal y no constitucional, lo que significa que puede ser derogada o excepcionada por cualquier otro precepto de rango legal sin que ello vulnere la Constitución, en Derecho Administrativo Sancionador, 5ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, páginas 202-203.

resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva, doctrina que había sido apuntada en el ATC 471/1984, de 24 de julio, y que ha resultado confirmada, más recientemente, en la STC 21/1993, de 18 de enero, F. 5”.

La retroactividad de la norma sancionadora favorable debe aplicarse aun cuando dicha norma sancionadora ha sido dictada de manera posterior a la resolución que impone la sanción disciplinaria, con motivo de la resolución del recurso administrativo contra dicha sanción, o por los Tribunales de Justicia al revisar la legalidad de la misma (STS de 23/09/1991 antes citada); ya que de esta forma se aplica la nueva normativa sin necesidad de ordenar la retroacción del procedimiento lo que es aconsejable por razones de economía procesal. Así podemos citar la, relativamente reciente, STS de 14 de febrero de 2012 que en su fundamento de derecho 3º dice:

“Esta Sala ha señalado en sentencias de 24 de enero de 2006 (recurso 419/2002 ), 31 de enero de 2007 (recurso 8873/2003 ) y 13 de febrero de 2008 (recurso 2110/2004 ), que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y “...tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial”.

Es por ello que, al hilo con lo que se acaba de señalar, SAMPOL, SÁENZ DE SANTAMARÍA y GRANGEL<sup>28</sup> consideran que el fundamento del principio de retroactividad de la norma más favorable se encuentra no sólo en

<sup>28</sup> SAMPOL PUCURULL, M., SÁENZ DE SANTAMARÍA GÓMEZ-MAMPASO, O., y GRANGEL VICENTE, I., en Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I, volumen dirigido por DE FUENTES BARDAJÍ, J., 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, páginas 1103-1104.

la necesidad de que los hechos deben estar tipificados en el momento de su comisión como una infracción, sino también cuando se tramita el procedimiento imponiendo la sanción.

Otro aspecto que debemos tener en cuenta es que la jurisprudencia predica la retroactividad de la norma sancionadora más favorable no solo de las faltas y de las sanciones; sino también de los plazos de prescripción establecidos por la nueva norma ya que dichos plazos constituyen causas de extinción de la responsabilidad.

#### *2.5. El principio de retroactividad y las sanciones disciplinarias firmes que se estén cumpliendo.*

La aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable debe realizarse incluso de oficio por parte de la Administración (aunque el interesado no la alegue), cuando todavía este tramitando el expediente disciplinario o al tramitar el correspondiente recurso administrativo, y con audiencia del interesado.

Pero ¿qué sucede con las sanciones disciplinarias que se estén cumpliendo y que sean actos firmes (ya sea porque en su momento no fueron recurridas o porque fueron desestimados los oportunos recursos)? ¿Es posible la revocación de la sanción disciplinaria y, en su caso, la modificación de la misma sobre la base del artículo 105.1 de la LRJPAC?

Una interpretación literal del artículo 94.2.b del EBEP nos llevaría a pensar que ello no es posible ya que dicho precepto<sup>29</sup> cuando establece la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables se refiere al “presunto infractor” y solo existe un presunto infractor mientras la sanción disciplinaria no sea firme. Una vez que la sanción es firme (ya sea firmeza administrativa o, en caso de que el interesado acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque haya sido confirmada dicha sanción en sede judicial) no existe “presunto infractor”, sino infractor.

<sup>29</sup> Al igual que el artículo 128.2 de la LRJPAC.

Sin embargo, no debemos olvidar de que nos movemos en la esfera de los principios constitucionales y la interpretación que se realizan de las leyes tiene que ser una interpretación acorde con la CE y con los principios que derivan de ella por ello, como se explicará a continuación, en mi opinión no existe inconveniente (es más, debe aplicarse de oficio) para la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras que sean favorables al interesado incluso en el caso de sanciones disciplinarias firmes<sup>30</sup> que se estén ejecutando.

Ello porque el derecho administrativo sancionador (y el disciplinario) se nutre de los principios que derivan del derecho penal; pues bien, el artículo 2.2 del CP dice:

“No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

Si extrapolamos lo establecido en dicho precepto (por el que existe numerosa jurisprudencia penal) al ámbito del derecho disciplinario, la Administración Pública debe aplicar retroactivamente la normativa sancionadora que le sea más favorable al funcionario que se encuentre cumpliendo una sanción disciplinaria.

*2.6. El principio de retroactividad y la posterior inexistencia de la norma que fundamentó la resolución sancionadora.*

Debemos tener en cuenta que la aplicación retroactiva, por parte de la Administración Pública, de la norma sancionadora más favorable no solo debe

<sup>30</sup> GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., considera que la retroactividad no se puede aplicar después de la firmeza de la sanción, en Sanciones Administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable, Editorial Comares, Granada, 2002, página 45.

producirse cuando de manera posterior se dicte una norma que se más favorable, sino también cuando la norma sancionadora en la cual se fundamenta la sanción disciplinaria firme impuesta al funcionario deja de existir del ordenamiento jurídico debido a que se haya declarado su nulidad por los Tribunales ordinarios o se declare su inconstitucionalidad por el TC. Así podemos citar los artículos de la LJCA y de la LOTC que disponen esto.

El artículo 73 de la LJCA establece: “Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

Por otra parte, el artículo 40.1 de la LOTC dispone que: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso- administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

A propósito de este último precepto, debemos citar la STS de 17 de octubre de 2012 en la que razona que si procede la revisión de una sanción en supuestos de cosa juzgada declarada por los tribunales, con mayor razón será cuando se trata de sanciones administrativas; más aun cuando dicha sanción administrativa este siendo revisada por los Tribunales ordinarios y durante dicho proceso se produzca la declaración de nulidad de la norma por el TC (por una cuestión de economía procesal). Así, el fundamento de derecho cuarto de la referida sentencia señala:

“Si el artículo 40.1 de la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para las cuestiones basadas en autoridad de cosa juzgada, exceptiona exclusivamente de la irretroactividad los procesos penales y los procedimientos contencioso-administrativos sancionadores, es evidente que no cabe, en pura lógica, sostener, como hace la Administración recurrente y parcialmente el Abogado del Estado, que, al no haberse contemplado en el precepto expresamente los acuerdos administrativos sancionadores sometidos a revisión jurisdiccional, la irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad es aplicable a aquéllos también.

Asiste, por el contrario, toda la razón a la juzgadora de instancia para sostener, dado que el acto administrativo sancionador estaba siendo revisado en sede jurisdiccional cuando el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el artículo 51 que atribuía competencias sobre las cuencas intercomunitarias a las Comunidades Autónomas, que dicho acto sancionador debe, "a sensu contrario" de lo establecido en el citado artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ser declarado nulo, pues aún cuando hubiese recaído sentencia firme, al tratarse de la imposición de una sanción, también sería revisable. Mantener lo contrario, como hacen la Administración Autonómica recurrente y el Abogado del Estado, que la auxilia, es equivalente a intentar la cuadratura del círculo, aunque ello sea con el plausible fin de no dejar impunes conductas atentatorias a la salubridad de las aguas”.

*2.7. Imposibilidad de aplicar el principio de retroactividad cuando la sanción se ha cumplido completamente.*

Con base en la normativa expuesta en el epígrafe anterior, debe decirse que no es posible la aplicación retroactiva de la norma favorable si la sanción disciplinaria ya ha sido ejecutada completamente, así podemos citar la STS de 17 de diciembre de 2007 que trata de un funcionario al que en un mismo procedimiento disciplinario se le impuso las sanciones de suspensión de funciones durante 2 años (por una falta grave) y la de separación del servicio (por una falta muy grave de "cualquier conducta constitutiva de delito doloso") y tras la publicación del CP de 1995 se despenalizó el tipo por el que había sido condenado, entonces solicita a la Administración Pública la revisión de oficio de

la sanción de separación de servicio o en su caso se proceda a su revocación, la Administración inadmite su solicitud de revisión de oficio y frente a dicha inadmisión el interesado acude a la jurisdicción contencioso-administrativa; a lo que el TS señala que para aplicar la retroactividad de la norma que sea favorable hay que diferenciar las sanciones que aun se están ejecutando de aquellas otras que han sido ejecutadas. A continuación se transcribe parte de los fundamentos de derecho de esta Sentencia que son de gran importancia:

#### “QUINTO

Hecha la anterior precisión, si analizamos cómo opera la retroactividad de la norma más favorable en el ámbito estrictamente penal constatamos que existe una nítida distinción entre las penas que se encuentran en fase de cumplimiento y aquellas otras que está ya cumplidas o ejecutadas.

Respecto de las primeras, la aplicación retroactiva de la reforma conduce a la revisión de la pena que se está cumpliendo; y así sucedió en el caso que nos ocupa en el que, como ha quedado señalado, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto con fecha 15 de julio de 1996 en el que se acuerda dejar sin efecto la parte de la condena de inhabilitación absoluta que estaba pendiente de ejecución, al haber sido despenalizado el tipo por el que se había condenado al Sr. Fidel.

La solución es muy distinta cuando se trata de penas ya cumplidas o ejecutadas, como ha tenido ocasión de explicar la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en supuestos en que sobreviene el indulto o una reforma legal más favorable cuando la pena se encuentra ya cumplida. Así, el auto de la Sala Segunda de 18 de enero de 2001 -luego confirmado en súplica por auto de 5 de febrero de 2001- deja establecida, con cita de otros pronunciamientos anteriores, la siguiente doctrina: <<...son de aplicación los precedentes establecidos en las SsTS citadas en el Informe de esta Sala en el Expediente de Indulto, de 14-6-2000. En particular la STS 1069/88, en la que se dijo que "la pérdida de empleo y separación del servicio, de naturaleza permanente, una vez impuesta y cumplimentados los trámites correspondientes (...), han de entenderse definitivamente ejecutadas y, por lo tanto, no son susceptibles de rectificación por aplicación retroactiva de la Ley penal más benigna de las que sólo puede rehabilitarse en virtud de una ley". Es evidente que si una Ley penal

más favorable no puede alterar una pena cumplida, menos podría hacerlo un acto de indulto. El Ejecutivo no puede más de lo que puede el Parlamento>>.

Por tanto, la jurisprudencia penal está muy lejos de servir de respaldo al planteamiento del demandante, pues estando ya ejecutada la sanción de separación del servicio no cabe su revisión, según la doctrina expuesta, por haber sobrevenido una regulación más favorable (...)

#### SEXTO

(...)

Muy distinto es el caso que nos ocupa, donde, como ya hemos visto, el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora fue desestimado por sentencia de la Sección Séptima de la Sala de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 1997 (núm. 2080/95); y contra esta sentencia se interpuso a su vez recurso de casación que fue también desestimado por esta Sala y Sección Séptima en sentencia de 18 de diciembre de 2001. Por tanto, no nos encontramos ahora en el momento de resolver la impugnación dirigida contra el acuerdo administrativo sancionador -en tal caso habríamos de afirmar sin reserva alguna la procedencia de aplicar retroactivamente la norma más favorable, como se hace en las sentencias que invoca el demandante- sino ante la pretensión de que se revise una sanción respecto de la que ha recaído pronunciamiento jurisdiccional firme con valor de cosa juzgada, y que ya ha sido ejecutada.

Aunque en la demanda no se utiliza este argumento, cabría pensar en la posibilidad de aplicar por analogía al caso lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ("Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente"). Pero el intento chocaría de nuevo con el obstáculo de que la sanción cuya revisión se pretende -por aplicación retroactiva de la reforma legal que despenalizó la conducta- no solo fue confirmada por sentencia firme sino que está completamente ejecutada, pues quedó plenamente cumplida en el momento en que se materializó la separación del servicio (sobre la falta de virtualidad del mencionado artículo 73



LJCA cuando se trata de sanciones ya ejecutadas puede verse la sentencia de la Sección 4ª de esta Sala de 3 de julio de 2007”.

De la anterior Sentencia transcrita puede hacerse la reflexión de que si a un funcionario, por la falta disciplinaria que ha cometido, se le impone la sanción más grave de separación del servicio la cual es materialmente ejecutada nunca podrá valerse de una posible aplicación retroactividad de una ley más favorable que se dicte en el futuro; mientras que a otro que se le impone la sanción de suspensión de funciones podrá valerse de la aplicación retroactiva de la norma favorable que se dicte con posterioridad a dicha sanción siempre que todavía se encuentre cumpliendo la sanción disciplinaria.

#### *2.8. La normativa de la Comunidad Foral de Navarra.*

El TREP no establece de manera expresa los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables.

El RDIS tampoco establece de manera expresa ninguno de estos principios, aunque su Disposición Transitoria Primera establece que: “Los expedientes disciplinarios incoados con anterioridad a la entrada en vigor de este Reglamento se tramitarán hasta su conclusión de conformidad con las disposiciones anteriormente vigentes”. Como se puede apreciar al contrario del RRDFAE, que en su Disposición Transitoria Primera establece la retroactividad de dicho reglamento en el caso de que sea más favorable, el RDIS negaba la posibilidad de su aplicación retroactiva a procedimientos anteriores a su entrada en vigor.

Pero como hemos expresado anteriormente, dichos principios son aplicables al ejercicio de la potestad disciplinaria de cualquier Administración Pública; por ello, son aplicados (o en su caso deben ser aplicados) por las Administraciones Públicas de Navarra y por los órganos judiciales de Navarra

Considero que debe incluirse de manera expresa en el TREP los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, y con respecto a éste último la redacción más acorde con lo establecido por la jurisprudencia sería la “retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables al interesado”; es decir, cambiar el término “presunto infractor” que utiliza tanto el EBEP como la LRJPAC por el término “interesado” ya que así queda claro para los aplicadores del derecho que la retroactividad de la norma sancionadora es posible aun cuando la sanción disciplinaria sea firme en vía administrativa.

### **3. Principio *non bis in idem*.-**

#### **3.1. *Fundamento Constitucional.***

En términos sencillos mediante este principio se prohíbe que una persona pueda ser sancionada dos veces por el mismo hecho y con base en el mismo fundamento jurídico. Es decir, el non bis in idem será aplicable cuando exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

La CE no lo establece expresamente, es por eso que al promulgarse la norma fundamental se dudaba sobre la posibilidad de acceder a la justicia constitucional por medio del recurso de amparo; a lo que el TC despejó toda duda a través de su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, en la que considera que aunque no se encuentre recogido expresamente entre los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional se encuentra implícito en los propios principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 de la CE. Así el fundamento jurídico cuarto de dicha Sentencia señala:

“El principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público,

concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Como veremos más tarde no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos revela de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9.º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia”.

Uno de los motivos que explican este principio es el *ius puniendi* único del Estado que, como hemos visto en epígrafes anteriores de éste TFM, se desprende del artículo 25 de la CE.

### 3.2. *Alcance.*

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio *non bis in idem* tiene una doble dimensión: a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento, y que tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente y b) la procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de

su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal

Además aunque este principio se suele aplicar por lo general para determinar la prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos. Ya que debido a que el ius puniendi aparece compartido entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera, también, internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, prohibiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente.

En virtud de dicho principio se ha establecido lo que se denomina la doctrina de la verdad universal ya que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; es decir, unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Es por ello, que los hechos declarados probados por los órganos judiciales del orden penal vinculan a la Administración Pública. Así, la STC 77/1983, de 3 de octubre, en su fundamento jurídico cuarto señala:

“(...) El principio «non bis in idem» determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los

hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia, que es la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe «a posteriori» el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto”.

### *3.3. Su aplicación en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.*

A nivel legal si se ha materializado dicho principio en distintos textos legales, así la LRJPAC lo establece en dos preceptos. En su artículo 133 cuando dice: “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”; y en su artículo 137.2 al establecer que: “Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien”.

En materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos no existe una excepción al principio *non bis in idem*, como algunos autores manifiestan, sino que dicho principio rige plenamente. La diferencia esta en que en las relaciones jurídicas entre el funcionario público y su Administración es posible que ésta le pueda imponer, por unos mismo hechos sancionados penalmente, una sanción disciplinaria por existir un distinto fundamento en ambas sanciones.

Aunque hemos visto que la LRJPAC establece el *non bis in idem*, el EBEP no lo ha echo; a pesar que la Comisión para el estudio y preparación del

EBEP consideró necesario que se recoja el principio en dicha norma básica. La propuesta de la Comisión decía: “Principio non bis in idem, que impide la imposición de dos sanciones por los mismos hechos y la tramitación de un expediente disciplinario pendiente una instrucción penal, cuando la eventual sanción disciplinaria hubiera de tener el mismo fundamento que la pena que pudiera imponerse”.

Uno de los motivos que puede confundir y por ello creer que en materia disciplinaria de los funcionarios públicos no es aplicable el *non bis in idem* es el artículo 94.1 del EBEP cuando dice: “Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones” (algo parecido señala el artículo 4 del RRDFAE). Sin embargo, el apartado 3 de dicho precepto añade: “Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración”

Aunque el precepto establezca que las Administraciones Públicas corrijan disciplinariamente a sus empleados sin perjuicio de la responsabilidad penal de estos (es decir, admite la compatibilidad entre la sanción disciplinaria y la penal); se puede observar la manifestación del *non bis in idem* en su vertiente procesal cuando se establece la obligación de suspensión del procedimiento al existir indicios fundados de criminalidad y la vinculación que tiene la Administración respecto de los hechos probados por resoluciones judiciales firmes.

Pero dicha compatibilidad entre la sanción penal y disciplinaria se produce porque, como hemos dicho antes, solo existe la identidad de sujeto y hecho, pero no de fundamento. Por eso es importante analizar cuál es el fundamento (el bien jurídico protegido) por el cual un funcionario puede ser

sancionado disciplinariamente a pesar de que se le haya impuesto una sanción penal por los mismos hechos.

En un primer momento el TC consideró que no era de aplicación el principio *non bis in idem* cuando los hechos doblemente enjuiciados se han producido en el ámbito de una relación de sujeción especial, como la que se encuentra incurso un funcionario público, ya que en dicho caso falta la identidad de fundamento de las respectivas sanciones penal y administrativa, porque la primera atiende a la protección del interés general, mientras que la segunda atiende al interés propio y específico de la organización administrativa; ello sin perjuicio de que la Administración quede vinculada por los hechos declarados probados por la sentencia penal (ejemplo de ello es la STC 2/1981, de 30 de enero).

Sin embargo, como hemos explicado en epígrafes anteriores el TC dejó de justificar la doble imposición de sanciones penal y disciplinaria por el solo hecho de que el funcionario se encuentre sometido a una relación de sujeción especial sino en la diferencia del interés jurídicamente protegido (STC 180/2004, de 2 de noviembre), debido al cual no existe vulneración del *non bis in idem* cuando el objeto de la norma disciplinaria es un interés jurídicamente protegido distinto del que persigue la norma por la que se impuso la primera sanción.

También podemos citar la STS de 30 de mayo de 2000, que en su fundamento de derecho segundo señala:

“Para entender justificada una doble sanción al mismo sujeto por unos mismos hechos no basta simplemente con la dualidad de normas. Es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que en la primera sanción se intenta salvaguardar, o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.

–La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar esa dualidad de sanciones, ya que esa clase de relaciones no son un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales. Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria de una conducta que ya fue objeto de una condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a la sanción.

–El interés legítimo de la Administración en su conjunto es servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), y el de los entes u órganos que la integran asegurar el funcionamiento del servicio público que tienen encomendado. Y de ello se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración, y no puede ser objeto de la disciplina de ésta, salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste.

–La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración, y al sancionarse disciplinariamente a los que hayan sido objeto de condena penal no se infringe el principio «non bis in idem»”.

Al tratarse de un principio que deriva del artículo 25 de la CE, todos (incluidos los Poderes Públicos) tienen el deber de respetarlo, por ello el principio non bis in idem puede resultar infringido incluso por el propio legislador cuando tipifica infracciones administrativas consistentes en la previa comisión de otras infracciones administrativas pero ambas tienen un mismo fundamento jurídico (STC 188/2005, de 7 de julio)<sup>31</sup>.

### *3.4. Su falta de previsión en el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.*

---

<sup>31</sup> A propósito de esta Sentencia, me parece interesante el artículo de DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Es compatible con el principio ne bis in idem reabrir un procedimiento sancionador caducado?”, en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 136/2007, páginas 727-755. En dicho artículo el autor considera (en contra de lo señalado por el TS y la mayoría de la doctrina) que la reiteración de un procedimiento sancionador caducado vulnera el derecho fundamental ha no sufrir un doble juicio penal consagrado en el artículo 24.2 de la CE.



El TREP no establece expresamente el principio non bis in idem, ni siquiera en su aspecto procesal como al menos lo hace el EBEP (e incluso el RRDFAE). Aunque eso no quiere decir que las Administraciones Públicas de Navarra no apliquen dicho principio; lo que pasa es que cuando proceden a suspender el procedimiento disciplinario, porque su funcionario esta siendo sometido a un proceso penal por el mismo hecho, deben basar dicha suspensión en lo establecido por la jurisprudencia pero no en una disposición foral (ya que no existe).

Por ello considero que debe incluirse de manera expresa el principio non bis in idem en el TREP; así como los aspectos procesales del mismo para que puedan servir de guía a los aplicadores del derecho.

#### **4. Principio de culpabilidad.-**

##### *4.1. En el derecho administrativo sancionador.*

El principio de culpabilidad o responsabilidad es otro de los que, según la jurisprudencia, derivan del artículo 25.1 de la CE, lo que supone que forma parte de los derechos fundamentales susceptible de amparo por nuestro TC.

El artículo 5 del CP dispone: “No hay pena sin dolo o imprudencia”. Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador esta prohibida la responsabilidad objetiva; por ello, para la imposición de una sanción es necesaria la existencia de culpabilidad, esto es, la existencia de dolo o imprudencia. De manera sencilla podemos decir que hay culpabilidad cuando existe dolo o culpa; y existirá dolo cuando la persona que realiza la acción u omisión sabe lo que hace y quiere hacerlo (implica conocimiento y voluntad), y culpa cuando la persona omite la diligencia con la que debe actuar (implica la existencia de un deber de cuidado).

El TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la exigencia de culpabilidad en el caso de las sanciones que puede imponer la Administración, así en el fundamento jurídico cuarto de su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, señala:

“... Es cierto que, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Código Penal, en el que se ha sustituido aquel término por la expresión «dolosas o culposas», en la LGT se ha excluido cualquier adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de infracción tributaria. Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisibile en nuestro ordenamiento. Pero, como se ha dicho, nada de esto ocurre. El propio art. 77.1 de la LGT dice, en su inciso segundo, que las infracciones tributarias son sancionables «incluso a título de simple negligencia», lo que con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro, que, más allá de la simple negligencia, los hechos no pueden ser sancionados.

No existe, por tanto, un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto, técnico de su redacción, en el nuevo art. 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente. Con ello queda dicho también que el citado precepto legal no ha podido infringir en modo alguno los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y de legalidad sancionadora (art. 25.1 de la Constitución).”

*4.2. En el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Diferencias entre el Estatuto Básico del Empleado Público y el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.*

En materia disciplinaria también es necesario la existencia de culpabilidad para la imposición de una sanción (como no podía ser de otra manera). Por ello el EBEP ha recogido expresamente dicho principio en su artículo 94.2.d.

El artículo 96.2 del EBEP, referido a las sanciones, señala que: “El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación”.

De dicho precepto se deduce que la culpabilidad puede derivar de una conducta que sea intencionada (dolosa), negligente o incluso de un descuido. Ello es posible porque un empleado público tiene un deber de diligencia cualificado (a diferencia de cualquier ciudadano) por su inmersión dentro del aparato burocrático.

El deber de diligencia en el desempeño de sus funciones de los empleados públicos viene establecido, incluso, en el propio EBEP en distintos preceptos. Así, el artículo 52 establece: “Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico ...”. Y en el artículo 54.2 cuando dice: “El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y horario establecidos”.

El TREP no establece expresamente dicho principio, por ello considero (al igual que lo vengo haciendo en el caso de los anteriores principios comentados) que debe incluirse de manera expresa, al ser un principio

constitucional que tienen los empleados públicos para que se les pueda imponer una sanción disciplinaria.

El EBEP señala también que serán responsables de las faltas disciplinarias no solo los que la cometan, sino también los empleados que indujeran a otros a cometerla, los cuales “incurrirán en la misma responsabilidad” que los autores de la falta (artículo 93.2 EBEP). Y también incurren en responsabilidad los empleados públicos que “encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”

El TREP establece algo parecido en su artículo 66 cuando dice: “Incurrirán en responsabilidad no sólo los autores de las faltas, sino también los superiores que las toleren y los funcionarios que las encubran, así como los que induzcan a su comisión”.

Dicho precepto ha sido desarrollado por el artículo 12 del RDIS, que dice:

“1. Incurrirán en responsabilidad disciplinaria no sólo los autores de las faltas, sino también los superiores que la toleren y los funcionarios que las encubran, así como los que induzcan a su comisión.

2. Los superiores y los funcionarios a que se refiere el apartado anterior incurrirán en la misma falta que el autor y serán sancionados de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo siguiente”.

Se puede apreciar que la normativa navarra es más represiva que la estatal ya que no solo incurren en responsabilidad los superiores y los funcionarios que las encubran; sino también aquellos funcionarios que las toleren. Por tanto, puede decirse que el ordenamiento jurídico navarro establece una obligación de denuncia por parte del funcionario que es testigo o conocedor de una falta disciplinaria cometida por otro, ya que sino incurre en responsabilidad disciplinaria.

También es más represiva porque la normativa navarra establece, sin más, que en dichos casos (de tolerancia, encubrimiento e inducción) se incurre en la misma falta que el autor. A diferencia de la normativa básica estatal que diferencia los supuestos de inducción de los de encubrimiento, en este último supuesto para que los encubridores incurran en responsabilidad es necesario que se trate de faltas graves o muy graves y debe existir un daño grave para la Administración o los ciudadanos.

Debe tenerse presente que en materia disciplinaria también puede existir situaciones que excluyen o atenúan la responsabilidad así por ejemplo: Cuando el funcionario al cometer la falta disciplinaria no se encuentra en condiciones para exigirle dicha responsabilidad disciplinaria porque no es conciente de sus acciones u omisiones (STS de 20 de junio de 1986 caso de funcionario que comete una falta disciplinaria al día siguiente de salir de un centro psiquiátrico donde había sido ingresado por intento de suicidio), También es necesario graduar la falta de diligencia de los responsables en función de las circunstancias (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 9 de febrero de 1998), así como el resto de supuestos de exención o atenuación de la responsabilidad existente en el derecho administrativo sancionador debiendo tener en cuenta para su aplicación cada caso concreto y la particularidad del deber diligencia cualificado que tienen los funcionarios.

Por último, debe decirse que la responsabilidad disciplinaria puede exigirse de quienes sean empleados públicos, tanto si se encuentran en una situación de servicio activo o cualquier otra situación administrativa (artículos 10 del RRDAE y del RDIS). Distinta cuestión es la ejecución de las sanciones impuestas, ya que solo pueden ejecutarse cuando el empleado público se encuentra en situación de servicio activo (salvo que la sanción ya haya prescrito); por eso el EBEP para poder hacer efectiva la posible sanción disciplinaria (y evitar la picaresca del funcionario) en su artículo 89.2 prohíbe la concesión de excedencia voluntaria por interés particular del funcionario al que se le este instruyendo un expediente disciplinario (el TREP no establece dicha prohibición para la concesión de excedencias).

## **5. Principio de Presunción de Inocencia.-**

### *5.1. Fundamento constitucional. Aplicación en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.*

El artículo 24.2 de la CE dispone:

“Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Por su ubicación en el texto constitucional nos encontramos ante un derecho fundamental cuya vulneración puede ser revisada por el TC a través del recurso de amparo. Todos tienen derecho a la presunción de inocencia y ello tanto en el ámbito penal como en el administrativo, así lo ha señalado la STC 13/1982, de 1 de abril, en su fundamento jurídico segundo, cuando dice: “...El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”.

El artículo 94.2.e del EBEP lo establece expresamente; mientras que el TREP no lo menciona, aunque es evidente que en la práctica las Administraciones Públicas de Navarra respetan éste principio por el cual no se puede sancionar a un empleado público sin una mínima prueba de cargo que

pueda destruir aquella presunción. Al margen de dicha aplicación práctica, considero que debe incluirse expresamente en el TREP.

El derecho a la presunción de inocencia implica que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie este obligado a probar su inocencia; y que cualquier insuficiencia de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (STS 76/1990, de 26 de abril, fundamento jurídico 8).

Pero el funcionario no solo no esta obligado a probar su inocencia durante la instrucción de un expediente disciplinario, sino que también tiene derecho a guardar silencio y a no declararse culpable. Aunque el guardar silencio pierde sentido como estrategia de defensa en el momento en que el instructor realiza el pliego de cargos, ya que si realiza dicho pliego de cargos es porque considera que con las actuaciones practicadas existe prueba suficiente para acusar y enervar la presunción de inocencia, es por ello que a partir de dicho momento el funcionario expedientado puede presentar su escrito de alegaciones y solicitar la practica de prueba (para poder combatir la prueba existente en el expediente). Sobre el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable, se refiere la STS de 23 de marzo de 2009 (Sala de lo Militar, Sección Primera), respecto a un procedimiento disciplinario incoado a una guardia civil, que en su fundamento de derecho segundo señala:

“... A este respecto, la Sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2002, seguida por la de 12 de diciembre de 2008, afirma que la concreción expresa en nuestra Constitución de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable no es sino proyección en ella "de lo que ya venía recogido en el artículo 9º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos que reconoce tanto el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, como a no confesarse culpable, derechos ambos que han sido reconocidos y aplicados en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de

julio de 1998 y por esta Sala Quinta en la sentencia de 6 de noviembre de 2000".

Ciertamente, tales derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable son manifestaciones pasivas del derecho de defensa que, como dice la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1999, seguida por la ya citada de 12.12.2008, cabe a todo sometido a Expediente Disciplinario -y, como tal, considerado inculpado-, pues, "aún cuando todavía no obre en su contra la definitiva exposición de los cargos que se formulan como consecuencia de las pruebas ya practicadas, es bien cierto que se le atribuyen unas acciones determinadas de las que, desde el momento mismo de la atribución, tiene derecho a defenderse, y la más elemental de las manifestaciones de ese derecho, la constituyen, sin duda, los derechos llamados instrumentales, a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable".

Por su parte, la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2000, seguida por la de 12.12.2008 ante aludida, señala que "es jurisprudencia constitucional asentada que el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución constituye un límite que la potestad sancionadora de la Administración no puede eludir. Exponente de esa jurisprudencia es la sentencia 197/1995, de 21 de diciembre, en la que, después de establecer que: <<El derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudieran experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el derecho administrativo sancionador>>, el Tribunal Constitucional declara de forma expresa que <<los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 de la Constitución, no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o declarar en tal sentido>>", añadiendo nuestra citada Sentencia de 12.12.2008 que "entre las garantías procesales constitucionalizadas en el artículo 24.2 de la Norma Fundamental que <<resultan compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador>> (STC 197/1995, fundamento jurídico 7 ), la STC 7/1998 cita como aplicables, sin ánimo de



exhaustividad, <<el derecho a no declarar contra sí mismo (SSTC 197/1995, 45/1997)>>; más concretamente, el juez de la Constitución afirma (STC 21/1981) que si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española, no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías que rigen el proceso, debiendo, no obstante, responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa y dicho contenido incluye además de la garantía de contradicción, el derecho a ser informado de la acusación, el de ser presumido inocente y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como el derecho a no declarar contra sí mismo (SSTC 22/1982 y 270/1994). El derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos se extiende, como dice la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 23 de noviembre de 2007 siguiendo la STS 971/1998, de 17 (sic) de julio, <<tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, como a la realidad del hecho mismo imputado>>, aspecto este último que <<parece difícil que no pueda verse afectado por las preguntas que se le formulen>>".

Debe señalarse que según el artículo 94.3 del EBEP los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración, sin embargo, la existencia de una sentencia en la que vienen los hechos probados no permite que se omitan los tramites esenciales del procedimiento disciplinario en los que puede ejercitarse el derecho de defensa (STS de 29 de septiembre de 2005).

## *5.2. Los hechos constatados por agentes públicos y la prueba indicaría.*

En el ámbito del derecho administrativo sancionador se reconoce la presunción de veracidad de los hechos constatados por agentes públicos. Sin embargo GARCIA DE ENTERRÍA<sup>32</sup> señala que deben ser valoradas como una prueba más, sin que tengan valor de prueba plena o con fe pública. Es el órgano sancionador el que debe valorarlas según las reglas de la sana crítica, y

---

<sup>32</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en Curso de Derecho Administrativo II, 13ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2013, página 190.

mucho más por el órgano judicial de control, que ha de partir de la presunción de inocencia proclamada en el artículo 24.2 de la CE.

La prueba tiene que ser lícita, ya que esta prohibida la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (artículo 11.1 LOPJ) incluida la denegación inmotivada de medios de prueba (STC 7/1998, de 13 de enero).

Es posible desvirtuar la presunción de inocencia mediante la prueba indiciaria pero debe cumplir los siguientes requisitos (STC 229/1988, de 1 de diciembre):

a) Los indicios tienen que estar suficientemente probados y debe precisarse cuales son esos indicios probados.

b) Se debe explicar el razonamiento por el cual, en virtud de los indicios probados, se llega a la conclusión de que el imputado cometió la conducta infractora; porque de esa manera se puede determinar si el proceso deductivo es irracional o arbitrario.

Sin embargo, el TS en su Sentencia de 5 de febrero de 1990 rechaza la aplicación de la prueba indiciaria en el procedimiento sancionador (a diferencia del ámbito penal) ya que considera que tiene que estar probado de manera concluyente e inequívoca de que el sancionado es el responsable. Así su fundamento de derecho segundo dice:

“... en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, a diferencia de lo que ocurre en el marco del procedimiento penal, no es procedente acudir a indicios racionales o valoraciones de conciencia para dar por probada una infracción administrativa, viniendo condicionada la legalidad de las sanciones administrativas por la tipicidad de la falta y por la prueba concluyente e inequívoca de que el sancionado es el responsable de aquella...”

### *5.3. La ejecución de las sanciones disciplinarias.*

Por último debe indicarse que la ejecución de las sanciones disciplinarias sin esperar a la sentencia que resuelva el correspondiente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la sanción impuesta no vulnera el principio de presunción de inocencia ya que la propia legitimidad de la potestad sancionadora y la sujeción a un procedimiento contradictorio, abierto al juego de la prueba según las pertinentes reglas al respecto, excluye toda idea en confrontación con la presunción de inocencia (STC 66/1984, de 6 de junio).

Además, los funcionarios públicos de las Administraciones Públicas de Navarra tienen la garantía que les ofrece el artículo 55 del RDIS el cual dispone que las sanciones disciplinarias solo se ejecutarán una vez que sean firmes en vía administrativa; es decir, una vez que se haya notificado al funcionario la resolución del correspondiente recurso administrativo (de alzada o potestativo de reposición) que haya interpuesto contra la resolución sancionadora, o haya transcurrido el plazo para interponerlo.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Cuando las Administraciones Públicas ejercen su potestad disciplinaria frente a sus funcionarios públicos son aplicables los principios establecidos en la Constitución Española (y aquellos creados por la jurisprudencia que a su vez derivan de la Norma Fundamental) porque dichos principios se aplican tanto en las relaciones de sujeción general como también en las relaciones de sujeción especial (en las que se encuentra el funcionario).

SEGUNDA.- La jurisprudencia (constitucional y ordinaria) ha permitido la tipificación de las faltas disciplinarias y de sus respectivas sanciones en normas de rango reglamentario, bastando como cobertura legal que la ley remita al reglamento dicha tipificación y establezca unos criterios orientadores.

Sin embargo, el Estatuto Básico del Empleado Público ha establecido la reserva de ley para la tipificación de las faltas disciplinarias muy graves y graves. En el caso de las faltas leves son los legisladores autonómicos los que deben decidir si tipifican en sus leyes dichas faltas disciplinarias o establecen los criterios que debe tener en cuenta la norma reglamentaria al tipificar las faltas leves.

TERCERA.- En el régimen disciplinario de los funcionarios públicos se aplica el principio *non bis in idem*.

Por tanto, para que pueda imponerse a un funcionario una sanción disciplinaria basada en unos mismos hechos que han sido sancionados previamente, la Administración deberá motivar que la sanción disciplinaria que esta imponiendo tiene un fundamento distinto al de la primera sanción. Indicando expresamente cuál es dicho fundamento distinto, para que cuando se produzca la revisión, en sede judicial, de la sanción disciplinaria pueda verificarse que no existe identidad de fundamento.

CUARTA.- En materia de régimen disciplinario el Estatuto Básico del Empleado Público ha plasmado algunos principios constitucionales que ya venía aplicando la jurisprudencia, pero no recoge todos los que son aplicables.

Por ello, las Administraciones Públicas cuando ejercen su potestad disciplinaria deben tener en cuenta, también, aquellos otros principios constitucionales (y los jurisprudenciales) que no han sido plasmados en la mencionada norma básica.

QUINTA.- El Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra es una norma que se dedica prácticamente a la tipificación de faltas, determinación de sanciones y la consecuencia del transcurso del tiempo referida a las mismas (prescripción de faltas y sanciones, y caducidad del procedimiento). Pero, no establece expresamente principio alguno.

Dado que las Administraciones Públicas de Navarra no aplican el Estatuto Básico del Empleado Público, debido a la competencia histórica de Navarra en materia de función pública (lo que ha justificado una interpretación integradora de la normativa foral para no acudir a normas estatales), considero necesario la modificación del Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra para que puedan introducirse expresamente no solo aquellos principios que ha plasmado la mencionada norma básica estatal sino también aquellos otros principios constitucionales y jurisprudenciales que son aplicables cuando la Administración ejercita su potestad sancionadora.

## **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA**

BARRACHINA JUAN, E., La Función Pública. Su Ordenamiento Jurídico. Parte Especial. Volumen 2, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1991.

CASTILLO BLANCO, F. A. (director), Lecciones de Función Pública, Edita CEMCI Publicaciones, Granada, 2002.

COSCULLUELA MONTANER, L., Manual de Derecho Administrativo Parte General, 21ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

COTINO HUESO, L., “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en Revista del Poder Judicial número 55, 1999.

DE FUENTES BARDAJÍ, J. (director), Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I, 2ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

DE FUENTES BARDAJÍ, J. (director), Manual sobre Responsabilidad Disciplinaria del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “¿Es compatible con el principio ne bis in idem reabrir un procedimiento sancionador caducado?”, en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 136, 2007 .

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. (coordinador), Derecho de la Función Pública, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo II, 13ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2013.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., Manual Básico de Derecho Administrativo, 7ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

GÓMEZ DE MERCADO GARCÍA, F., Sanciones Administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable, Editorial Comares, Granada, 2002.

GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, Í., Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, 3ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Edita INAP, Madrid, 2005.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B., Régimen Disciplinario de los Funcionarios de Carrera, 2ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

NIETO GARCÍA, A., Derecho Administrativo Sancionador, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

PALOMAR OLMEDA, A., Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos, 8ª edición, Editorial DYKINSON, Madrid, 2009.

PARADA, RAMÓN, Derecho Administrativo I: Introducción-Organización Administrativa-Empleo Público, 23ª edición, Editorial OPEN, Madrid, 2013.

PARADA, R., Derecho Administrativo II. Organización y empleo público, 22ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

PÉREZ CALVO, A. y RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., Manual de Derecho Público de Navarra, 3ª edición, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007.

PÉREZ GÓMEZ, J. M., Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las administraciones públicas, Editorial Comares, Granada, 1997.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., “Un hito en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos: La STC 140/1990, de 20 de septiembre”, en Revista Jurídica de Navarra Nº 11, 1991.

SÁNCHEZ MORÓN, M., Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, 2ª edición, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho Administrativo. Parte General, 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho de la Función Pública, 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, N. J., La Función Pública como Relación Especial de Derecho Administrativo, Editorial Almeida & Leitão Lda., Porto, 2000.